HL OZMG Z

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Rec. Sept. 13, 1905.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle

in actenmäßigen Darstellungen

aus dem

## Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Neue Folge Zweiter Jahrgang

1854.

Leipzig,

Verlag von Bernhard Tauchnitz.

Digitized by Google

Rec. Sept. 13, 1905

Digitized by Google

# Alphabetiſches Sachregiſter

zum

# Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle.

## Neue Folge Zweiter Jahrgang 1854.

### A.


**Abgeben,** Bedeutung dieſes Ausdruckes in §. 15 des Mand. v. 10. Septbr. 1822, über die Gewinnung von Stein-, Braun- und Erdkohlen und des Torfes, 66, 68.

**Abliefern,** Verſchiedenheit von Abgeben, 66, 68.

**Abmiether,** hat dem Vermiether gegenüber das Recht zu Führung eines eignen Hausſchlüſſels, 323.

**Abpachter,** hat, wenn im Wege des Executionsproceſſes rückſtändige Pachtgelder eingeklagt werden, dann, wenn er behauptet, daß der erpachtete Gegenſtand nur theilweiſe unbenutzbar geworden, lediglich einen Anſpruch auf die ihm hierdurch erwachſenen Schäden, 422.

**Abweſenheit,** wenn ſie nur als impedimentum legitimum zu betrachten iſt, 227.

**Accessorium sequitur principale,** Anwendung dieſes Grundſatzes im Gewerbsrechte, 146.

**Acquaestus conjugalis,** 398.

**Actio doli,** 164.

**Actio familiae erciscundae,** 167.

**Actio Pauliana,** 441.

**Actio de pauperie,** 324.

**Actio de recepto** ſ. Receptum.

**Actio redhibitoria** ſ. Redhibitoriſche Klage.

**Actio rei persecutoria,** Weſen dieſer Gattung von Klagen, 262.

**Activlegitimation,** 403.

**Adhäſion** ſ. Stempelbetrag.

**Adminiſtrativjuſtizſachen** ſ. Dilationen, Eidesantrag.

**Adſcendenten,** entferntere, ſubſidiäre Verpflichtung derſelben zu Alimentirung ihrer ehelichen Deſcendenten, 140.

**Agere non valenti etc.** ſ. Verjährungsfriſt.

**Alimentation** ehelicher und unehelicher Kinder, 273 ff. — ſ. a. Ehefrau.

**Alimentationsanſpruch** ſ. Paternität.

**Alimentationsverbindlichkeit** des Vaters, 58. — der Mutter, 60. — der mütterlichen und resp. väterlichen Großältern eines unehelichen Kindes, 273. — in wieweit die der Aeltern eines ehelichen Kindes nur ſubſidiär iſt, 274. — ſ. a. Adſcendenten.

**Aliminte** — unter welchen Vorausſetzungen ſie die geſchiedene Ehefrau von ihrem geſchiedenen Ehemanne für die ehelichen Kinder zu fordern berechtigt iſt, 52. — Erforderniſſe der Klagbegründung, wenn die geſchiedene Mutter die für die Kinder aufgewendeten und zukünftige verlangt, 58, 61. — Verjährung rückſtändiger, 59. — A. in Eheproceſſen, deren Einziehung, 287. — ob die Forderung der Erſtattung ſolcher, welche ein Dritter für den zur Alimentation Verpflichteten verlegt hat, der kurzen Verjährung unterliegt, 296. — Ehefrauen, welche während des Eheproceſſes einen Antrag auf Zubilligung von Alim. nicht geſtellt haben, ſind in der Regel nicht berechtigt, dieſen Anſpruch nach Beendigung des Eheproceſſes nachträglich geltend zu machen, 310. — hat eine Ehefrau einen ſolchen zwar rechtzeitig geſtellt, derſelbe aber iſt in dem Enderkenntniſſe unberückſichtigt geblieben, ſo ſteht ihr inſoweit Rechtskraft entgegen, 312. — der Anſpruch der Mutter auf A. für das außereheliche Kind wird dadurch, daß das mit Genehmigung der Mutter dem außerehelichen Vater zur eigenen Erziehung überlaſſene Kind, ſelbſt ohne Einverſtändniß des Vaters, zur Mutter zurückkehrt, nicht, wohl aber dadurch ausgeſchloſſen, daß die Mutter die A. nicht aus eignen Mitteln beſtreitet, 477. — Recht des außerehelichen Vaters im erſteren Falle, 478.

**Alimentenbeitrag** für die unehelichen Enkel, inwiefern die ſubſidiäre Verbindlichkeit der Großältern dazu eine ungetheilte iſt, 511.

**Anerkenntniß,** vor einer Polizeibehörde geſchehenes, ob es Unterbrechung der Verjährung bewirkt, 60.

**Annullation** ſ. Ehegericht.

**Anweiſung,** kaufmänniſche, Begriff, 41. — ſ. a. Novation.

**Anzeigen** über Contraventionen gegen das Generale v. 21. Juni 1793, das Brennen und Schänken des Branntweins betr., und das Mandat v. 5. Jan. 1826, die Ausübung des Branntweinbrennens betr., ſind nicht im Adminiſtrativjuſtizproceſſe, ſondern als Polizeiſtraffachen zu behandeln, 97.

**Appellable Summe** ſ. Verzugszinſen.

**Appellation,** das Verſäumniß daran iſt für condonirt zu achten, wenn der Gegner daſſelbe nicht rügt, ſondern blos in materialibus refutirt, 417.

**Apanagestreitigkeiten,** welches Recht darauf Anwendung leidet, 171.

**Apanagia,** 169 ff. — Erforderniſſe und Verſchiedenheit vom Röm. Pflichttheil, 186. — und von der Civilſucceſſion überhaupt, 188.

**Apanagirte Mitglieder ſouveräner Häuſer** ſ. Autonomie, Gerichtsſtand.

**Aqua profluens,** rechtliche Natur, 194.

**Aquaeductus,** 194.

**Arbeiten,** gewerbmäßige Verrichtung der in andere zünftige Beſchäftigungen einſchlagenden iſt an ſich als ein Eingriff in eine fremde Gewerbsſphäre zu betrachten, gleichviel ob ſie gegen beſondere Bezahlung geſchieht oder nicht, 332. — A., welche ohne techniſche Vorbildung zu erfordern ſchon vermöge ihrer Einfachheit den Charakter unzünftiger Verrichtungen an ſich tragen, ſind dem zünftigen Verbietungsrechte entnommen, ib.

**Arbeitsgebiet** eines Handwerks, wonach deſſen Umfang zu bemeſſen iſt, 148.

**Ausflucht** der laesio enormis, der melioratio und des Irrthums in Bezug auf den Inhalt eines vom Beklagten vollzogenen Vertrags, 369, 377.

**Ausflüchte** ſ. Einlaſſung.

**Ausländer** ſ. Edictalien.

**Ausländerinnen,** verheirathete, die ſich ohne ihre Ehemänner in Sachſen aufhalten, Präſumtion rückſichtlich derſelben, daß ihre Ehemänner ſchon im Voraus in alle in Sachſen abzu-


Digitized by Google

schließende, mit dem Aufenhalt daselbst in Verbindung stehende Rechtsgeschäfte eingewilligt, und zwar nicht blos in die zum gewöhnlichen Unterhalt allernothwendigsten, 277.

**Außergerichtliche Kosten** s. Bagatellsachen, Extrajudicialien.

**Austrägalverfahren,** nach Art. 11 der Bundesacte, auf wen es nur Anwendung leidet, 169, 176.

**Austrittserklärung** s. Pensionsverein.

**Autonomie** apanagirter Mitglieder souveräner Häuser, 171 ff.

**Auszug,** dessen Werth ist dem Kaufpreise zuzuschlagen, 35. — Leistungsart, 69.

**Auszugsberechtigte** s. Richterliches Ermessen.

## B.

**Bachwasser,** Recht der Benutzung desselben, 193.

**Bagatellsachen,** inwieweit in solchen ein Sachwalter, wenn er mehrere Beklagte aus einem und demselben Rechtsgrunde in Anspruch nimmt und die Sache gegen Alle in einem und demselben Termine verhandelt, resp. entschieden oder verglichen wird, den Gebührensatz von —„ 16 gGr. —„ hinsichtlich jedes Einzelnen liquidiren kann, 484. — ist wenn ein Bekl. in einer B. sich zu Erstattung der außergerichtlichen Kosten im Verhandlungstermine verpflichtet, derselbe auch zur Erstattung der durch die Execution erwachsenen Extrajudicialien verbunden, ib. — s. a. Intervention.

**Banknoten u. Bankcassenscheine der Leipziger Bank,** Auslegung von §. 41 der Statuten der letzteren, die Einrufung und unentgeltliche Umtauschung derselben gegen neue betreffend, 17.

**Baufuhren,** von einem Nachbar dem anderen bei einem Baue geleistete, 37.

**Bauhandwerker** s. Prüfung, Soldaten.

**Bedingung,** von welcher die Zahlungsverbindlichkeit des Bekl. abhängig gemacht worden, wenn sie nicht eingetreten ist, unter welcher Voraussetzung dann nur der Gläubiger auf Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit klagen kann, 388. — wenn sie für erfüllt anzusehen ist, 395, 397.

**Beibücher,** aus der Annahme derselben kann eine Genehmigung der darin enthaltenen Ansätze nicht gefolgert werden, 348.

**Bellum internum,** 338, 340.

**Bericht** s. Stempelbetrag.

**Betrug,** 264. — Seiten verpflichteter Personen, wenn er nach Art. 245 und wenn nach Art. 254 des Crim.-Ges.-B. zu bestrafen ist, 119.

**Betrügerischer Banqueroutt,** welcher Ort bei Bestimmung der Competenz zu Führung der Untersuchung maaßgebend ist, 464.

**Bewaffneter Friede,** 339 ff.

**Bewässerung** der Grundstücke, 194.

**Beweis,** ob ein vor Ablauf des Beweisfatale nicht angetretener, bevor der Anwalt des Beweisgegners sich zum Processe legitimirt hat, für versäumt zu achten ist, 408. — durch Augenschein, Beitrag zur Anwendung der Vorschrift der Erl. Proc.-Ord. ad tit. 28, §. 1, 489. — des eheweiblichen Einbringens im Concurse durch Bekenntniß des Ehemanns, 12.

**Beweislast,** 403.

**Bier** s. Schänkwirthe.

**Böswliche Verlassung** als Ehescheidungsgrund, 75, 77.

**Branntwein** s. Anzeigen, Kramer, Schänkwirthe.

**Braucommunen,** städtische, ob ihnen die Rechte der Corporationen zustehen, 153.

**Brauordnungen,** Recht der Braugenossenschaften zu Aufstellung derselben, 156.

**Bürge,** in welchem Falle er nur durch bloße Gestundung der Hauptschuld, selbst wenn es ohne sein Vorwissen geschehen, von der Bürgschaft frei wird, 395.

## C.

**Capitalvermögen** des Tuenden, ist, wenn die Zinsen für die Bedürfnisse der Erziehung nicht ausreichen, mit zu verwenden, 275.

**Cassatorische Clausel,** Wirkung der einem Pachtvertrage beigefügten in Ansehung des Beweises, 405 ff.

**Casus,** wer diesen und wer die verhangene Nachlässigkeit in dem Falle zu beweisen hat, wenn unterwegs die vom Spediteur dem Frachtfuhrmann zur Ablieferung an die Adressaten übergebenen Waaren auf dem Wagen durch Feuer vernichtet werden, 9.

**Cautio damni infecti,** 246.

**Caution** s. Fiduciarerbe.

**Cession** einer hypothekarischen Forderung, welche im Grund- und Hyp.-Buche nicht eingetragen ist, ob sie dem Concurse des debitor cessus gegenüber wirkungslos ist, 72, 353.

**Compensation** liquider Gegenforderungen, 104. — s. a. Pachtcaution.

**Competenz** — eines unzuständigen Gerichts, wenn Bekl. auf die ergangene Verladung im Termine erscheint und rechtlich verfährt, ohne gegen die Zuständigkeit des Gerichts etwas einzuwenden, 170 ff. — das Gericht ist, wenn es die Parteien zum Verfahren verwiesen hat, nicht mehr berechtigt, wider den Willen des Klägers die Competenz abzulehnen, 366. — s. a. Betrügerischer Banqueroutt.

**Competenzgelder,** 95.

**Concurs,** Anwendung der Regel: concursus non alit infantem, 276. — ist nicht zu eröffnen, wenn es sich mit Wahrscheinlichkeit übersehen läßt, daß für die gemeinen Gläubiger keine Masse übrig bleibt, 487.

**Concursvertreter** s. Eidesantrag.

**Condictio causa data, causa non secuta,** 201.

**Condictio sine causa,** 201.

**Condominium** s. Miteigenthum.

**Consolidation** mehrer Gewerkschaften und Gruben, Wesen und Ausführung, 27.

**Contumacialbescheid** im Interventionsprocesse, 71.

**Conventionalstrafe,** diejenige Partei, welche die durch unterlassene Erfüllung eines Vertrags verwirkte einklagt, braucht nicht zu beweisen, daß der Gegner den Vertrag nicht erfüllt habe, 401. — s. a. Pensionsverein.

**Copia advocatorum,** Erforderniß, 235 ff.

**Correcturen** s. Protokoll.

**Criminalerkenntniß,** ob es zu Begründung privatrechtlicher Verpflichtungen geeignet ist, 122.

**Curator bonorum,** hat Unkostenvorstand zu bestellen, wenn er klagt, 120.

## D.

**Datio in solutum** in Bezug auf Außenstände des Schuldners, 229.

**Decatiren** von Tuch und tuchähnlichen Stoffen unterliegt dem Verbietungsrechte der Tuchscheerer- und Tuchbereiter-Innungen, 329. — Bedeutung, Zweck, Wirkung und Verfahren, 333.

**Deposition** bei einer Gerichtsbehörde, für welchen Fall sie in den Gesetzen blos vorgeschrieben ist, 285. — der geklagten Summe durch den Schuldner, wenn sie auch im Wechselprocesse zulässig ist, 475.

**Derivationes,** 194.

**Diebstahl** s. Receptum.

**Diener der Prinzen des Königl. Hauses,** ob auf sie das Mand. v. 18. Juni 1823, die Beschränkung der den Gläubigern Königl. Diener an deren Diensteinkommen einzuräumenden Rechte betr., analog Anwendung leidet, 96.

**Diensteinkommen** des Gemeinschuldners ist zur Concursmasse zu ziehen, 95.

**Dienstherrschaft,** deren Haftung aus unerlaubten Handlungen des Gesindes, 325 ff.

**Dies,** wie die Hinzufügung eines bestimmten bei Verträgen aufzufassen ist, 204.

**Dilationen** der Beweisfristen in Administrativjustizsachen und Wegfall des Solennitätseides dabei, 110.

**Dismembration** von Zubehörungen solcher Güter, welche nach Erlassung des Ges. v. 30. Nov. 1843 consolidirt worden sind, 399. — s. a. Richterliches Ermessen.

**Documenta noviter reperta,** 489.

**Documentum quarentigiatum,** 93 ff.

## E.

**Edictalien,** außerhalb des Concurses erlassene, auf sie leidet das Reser. v. 14. Juni 1728, nach welchem Ausländern

Digitized by Google

im Concurſe geſtattet iſt, ihre Anſprüche noch innerhalb Jahresfriſt vom Liquidationstermine an geltend zu machen, keine Anwendung, 142. — der im Liquidationstermine Außengebliebene kann durch Berufung darauf, daß er die Zeitungen, in welchen die Edictalladung abgedruckt geweſen, nicht geleſen habe, contumaciam nicht ablehnen, 143.

**Ehe,** Begriff, 74.

**Ehebruch,** als Scheidungsgrund, 75.

**Ehefrau** — geſchiedene, kann für Alimentation ihrer bei der Ehetrennung mitgenommenen Kinder von deren Vater ohne beſonderen Grund keinen Erſatz verlangen, 397. — ſ. a. Alimente, Ehegerichte, Intervention, Paternität, Suſtentationsquantum, Vorladung.

**Ehefrauen,** Nichtigkeit ſolcher Erklärungen, welche ſie dritten Perſonen gegenüber allein und ohne Beitritt ihrer Ehemänner geben, 256.

**Ehegatten,** als Zeugen für einander, 12. — ſ. a. Erbfolge.

**Ehegerichte,** ob ſie auch dann competent ſind, wenn die Annullation einer Ehe beantragt wird, weil ſie gegen ein öffentlich vernichtendes Ehehinderniß eingegangen worden iſt, 270. — inwieweit ſich die Cognition derſelben bezüglich der Alimente der Ehefrau erſtreckt, 287. — ſind zu Ausſetzung von Alimenten für die Ehefrau und deren Kinder nach Beendigung des Eheproceſſes nicht competent, 310. — ſ. a. Erziehung und Ernährung.

**Ehehaften,** 143. — Friſt zur Ausführung und Begründung derſelben, 227.

**Ehehinderniß** ſ. Ehegerichte.

**Eheleute** ſ. Trennung.

**Ehelich,** wer dafür zu achten iſt, 412.

**Ehemann,** deſſen Beitritt zu Proceßhandlungen der Ehefrau, 81, 89. — ſ. a. Ausländerinnen, Intervention, Nießbrauchsrecht.

**Eheſcheidung** — wegen Freiheitsſtrafe des andern Ehegatten, 74. — in Folge freiwilliger Uebereinkunft, in Preußen, 79. — ſ. a. Erziehung.

**Eheſcheidungsgründe,** urſprüngliche, 75, 77.

**Eheverlöbniſſe,** Wirkung der rechtlichen Unerzwingbarkeit der Erfüllung deſſelben rückſichtlich der auf die künftige Ehe und wegen der letzteren eingegangenen Verträge, 135 ff.

**Eid,** nothwendiger, Bedingungen der Statthaftigkeit von Anträgen auf entſprechende Formulirung eines mittels rechtskräftigen Erkenntniſſes auferlegten, 114.

**Eidesantrag** — in Adminiſtrativjuſtizſachen, iſt unzuläſſig, 108 ff. — an den Concursvertreter, 318.

**Eidesleiſtung,** was zum Eintritt der Folgen der unterbliebenen in dem Falle noch erfordert wird, wenn dem Beklagten die Leiſtung eines Eides zu Abwendung der im Erkenntniſſe ausgeſprochenen Verurtheilung nachgelaſſen iſt, 224. — ſ. a. Litisconſorten.

**Eidesrelation** über facta referentis propria, 234 ff.

**Einbringen,** ob der Wittwe das Recht, wegen deſſelben die Eintragung an den Immobilien des Ehemanns zu fordern, auch nach deſſen Tode gegen ſeine Erben zuſteht, 12. — wenn es nur während der Ehe zurückgefordert werden kann, 442.

**Einlaſſung u. Vorbringen von Ausflüchten** in geringfügigen Rechtsſachen, Friſt dazu, 416.

**Einrede des nichterfüllten Contracts,** der Verzicht auf dieſe Seiten des Abpachters befreit den Kläger vom Nachweis des ſeinerſeits erfüllten Contracts, 422.

**Einrede der Verjährung** iſt vom Richter Amtswegen zu berückſichtigen, 60.

**Einſtandsgelder** der Soldaten, Beſchlagnahme derſelben, 144.

**Eintragung** ſ. Einbringen.

**Eiſenbahn** ſ. Lehngeld.

**Eiſenbahnverwaltungen,** Haftungsverbindlichkeit derſelben hinſichtlich des Transports auf ihren eignen Strecken und in Betreff der Weiterbeförderung durch die Anſchlußbahnen, 241.

**Eiſenblech** ſ. Kupferſchmiede.

**Erben,** pluralitas heredum non praesumitur, 175 ff.

**Erbfolge,** geſetzliche, des überlebenden Ehegatten, Erläuterung des §. 80 des Erbfolgemandats v. 31. Jan. 1829, den ausnahmsweiſen Wegfall des Anſpruchs darauf betr., 129.

**Erbſchaftsſachen** ſ. Fiduciarerbe.

**Erkenntniß im Wechſelproceſſe** begründet kein Executionsverfahren in das Vermögen des Schuldners, 55.

**Erziehung und Ernährung** der ehelichen Kinder in Eheſcheidungsfällen, wenn die Cognition darüber den Ehegerichten zuſteht, und wenn der ordentliche Richter darüber zu entſcheiden hat, 57. — vorzugsweiſe Pflicht des Vaters dazu nach erfolgter Eheſcheidung, 58. — ſ. a. Kinder aus geſchied. Ehen.

**Exceptio deficientis legitimationis,** 410.

**Exceptio fori incompetentis,** iſt auch beim Handelsgericht zu Leipzig ſofort bei der mündlichen Verhandlung im Termin ſelbſt vorzuſchützen, 366.

**Exceptio non numeratae pecuniae,** 335.

**Exception,** 189. — ſ. a. Kauf.

**Exceptionen** — wenn die in der Convention nicht vorgeſchützten mittels der Wiederklage nicht geltend gemacht werden können, 211. — welche blos allgemein angeführt worden ſind, 465.

**Executionsgeſetz,** zu §. 85 u. 24 deſſelben, 453.

**Executionsklage,** ſpätere Abweiſung derſelben aus Rechtsgründen, auch wenn gegen die in Folge derſelben erlaſſene richterliche Auflage Einwendungen binnen der geſetzten Friſt nicht vorgebracht worden ſind, 294.

**Executionsproceß** auf Grund von in einer Unterſuchungsſache abgelegten Geſtändniſſen, 121.

**Executionsverfahren** aus einem vor dem Proceßrichter über einen Civilproceß abgeſchloſſenen Vergleiche, 453. — ſ. a. Erkenntniß im Wechſelproceß.

**Extinctivverjährung,** wodurch ſie nur unterbrochen wird, 32. — von Privilegien, 105 ff., 113 ff. — kann durch eine gerichtliche, von einer obrigkeitlichen oder richterlichen Behörde ex officio vorgenommenen Verfügung nicht unterbrochen werden, 109.

**Extrajudicialien** in Verwaltungsſachen ſind nicht mit den Koſten der Verwaltungsbehörde executiviſch beizutreiben, ſondern beſonders einzuklagen, 191. — ſ. a. Bagatellſachen.

## F.

**Familienaufträge,** 170.

**Familienfideicommiſſe,** 169 ff.

**Familienobſervanzen,** 169 ff.

**Fideicommiß,** Erwerbung, 507.

**Fideicommiſſariſche Erben** können bei der Teſtamentserrichtung giltigerweiſe als Zeugen adhibirt werden, 302.

**Fiduciarerbe,** hat kein Miteigenthum an den Erbſchaftsſachen, 165. — wenn ihm nicht die ganze Trebellianiſche Quart übrig bleibt, ſo kann er die Erbſchaftsſachen retiniren, bez. die Beſtellung einer Caution wegen der Quart fordern, ib. ff.

**Filii,** ausgedehnter Begriff nach Röm. Rechte, 503.

**Fleiſchwaaren,** geräucherte, Handel damit, 239.

**Flumen,** Verſchiedenheit von rivus, 197.

**Flüſſe,** öffentliche, 197.

**Forderungen** ſ. Veräußerung.

**Formulirung** ſ. Eid.

**Forſtverbrechen** ſ. Gerichtsſtand.

**Frachtfuhrmann** ſ. Casus, Schadenerſatz.

**Frau,** ob dieſer Titel für den, der ihn einer Dame giebt, ohne weiteres ein Zugeſtändniß involvirt, daß ſie verheirathet ſei, 277.

**Freiheitsſtrafe** ſ. Eheſcheidung.

**Freiſprechung von der Inſtanz,** Grundſätze darüber, 320.

**Friſtverſäumniß** ſ. Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

**Früchte,** von einem fremden Grundſtücke gewonnene, wo ſie derjenige, dem der Mitgenuß daran zuſteht, zu empfangen hat, 69.

**Früher oder ſpäter** ſ. Mehr oder weniger.

**Fünddiebſtahl,** 291.

## G.

**Gaſtwirth,** deſſen Vertretungsverbindlichkeit in Anſehung der entwendeten Effecten der bei ihm einkehrenden Gäſte, 257.

**Geburtszeugniſſe** ſ. Penſionsverein.

**Gegenforderung** ſ. Compenſation.

**Gemeinde,** Bedeutung, 253.

Digitized by Google

**Gemeinden u. andere universitates,** ihre Vertretung in rechtlichen Angelegenheiten, 155.
**Gemeindegerechtigkeiten,** 253.
**Gemeindegrundstücke,** Eigenthum daran, 252.
**Gemeinschuldner** s. Renten.
**Gerichtsbeisitzer** s. Testament.
**Gerichtskosten,** vor Abgang der Berichte nicht zu den Acten liquidirte, sind auch in Verwaltungssachen nach dem Mand. v. 25. Juni 1825 zu beurtheilen, 97, 101.
**Gerichtsstand** — der Mitglieder der Nebenlinien eines regierenden Hauses in ihren Rechtsstreitigkeiten unter einander, 169 ff. — bei der Concurrenz von Forstverbrechen mit anderen kleineren Verbrechen, 448.
**Gesinde** s. Dienstherrschaft.
**Geständniß,** in einer Untersuchungssache abgelegtes, Beweiskraft für die Civilsache, 122. — in Criminalsachen, welches die einzige wesentliche Grundlage des Schuldbeweises ist, Wirkung desselben, 302.
**Gewerbsbetrieb auf dem Lande** s. Innungsspecialartikel, Uhrmacherkunst.
**Gewerbslocale,** das Verbot der gleichzeitigen Unterhaltung zweier leidet keine Anwendung auf diejenigen Handwerksmeister, welche in dem einen Locale blos mit solchen Artikeln Handel treiben, die zwar in der Regel als Bestandtheil ihres Handwerkskrames anzusehen, nach der betr. Ortsverfassung aber freigegeben sind, 239.
**Gewerkenversammlung,** zu der durch legalen Antrag nothwendig gewordenen Einberufung derselben bedarf das Bergamt der Genehmigung des Oberbergamts nicht, 25. — vor Abhaltung derselben können darin zu behandelnde, an sich nicht gesetzwidrige Anträge nicht Gegenstand bergamtlicher Erörterung behufs Beantwortung der Frage über ihre Zulässigkeit sein, 26. — Proteste und Recurse wider Berathung derselben über dergl. Gegenstände sind nicht zu beachten, ib.
**Gewerkschaften,** Beschlüsse derselben, 28. — s. a. Consolidation.
**Gewichtsuhren,** das Fertigen und Repariren derselben ist kein zünftiges Gewerbe, 495.
**Gläubiger,** kann das Pfandrecht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache und den persönlichen Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner gleichzeitig geltend machen, 465.
**Gnadengenüsse u. Gratificationen** können nicht mit Beschlag belegt werden, 95.
**Grabecassen** bei den Innungen sind in Fällen, wo ein Beitrittszwang für die Mitglieder der Innung besteht, der obrigkeitlichen Cognition unterworfen, 278.
**Gratificationen** s. Gnadengenüsse.
**Großältern** s. Alimentenbeitrag, Alimentationsverbindlichkeit.
**Gruben** s. Consolidation.
**Grundbesteuerung,** Erläuterung des §. 7 des Ges. v. 9. Sept. 1843, die Einführung eines neuen Grundbesteuerungssystems betr., 481.

## H.

**Haftungsverbindlichkeit** s. Eisenbahnverwaltungen.
**Handelsgericht** s. Exceptio fori incompetentis.
**Handwerker** s. Arbeitsgebiet, Rechnungen.
**Handwerkerwaaren,** ob derjenige Handwerker, der den Haupttheil einer Waare zu fertigen berechtigt ist, dieselbe in ihrer ganzen Zusammensetzung, in welcher sie nur zum Gebrauche geeignet ist, einschließlich der Nebendinge, die er nicht selbst fertigen darf, zu verkaufen befugt ist, 147.
**Handwerksmeister** s. Gewerbslocale.
**Hausschlachten,** ist ein völlig freies und unzünftiges Gewerbe, wozu es, außer wo dieß die besondere Ortsverfassung erheischt, der Erwerbung des Bürgerrechts nicht bedarf, 350.
**Hausschlüssel,** inwieweit muß der Inhaber eines herbergsberechtigten Grundstücks dem Herbergsberechtigten die Anschaffung und den Gebrauch eines H. gestatten, 321. — s. a. Abmiether.
**Herbergsberechtigter,** ihm muß der Herbergsverpflichtete zu jeder beliebigen Zeit den Eingang in das herbergspflichtige Grundstück gewähren, 321. — s. a. Hausschlüssel.
**Heredes in re certa** sind als Legatare anzusehen, 348.
**Herrenlose Sachen,** 292.
**Hilfsrecht,** ein in der Conventionssache erlangtes verpflichtet den Wiederbeklagten noch nicht, auf die Wiederklage sich einzulassen, 335.
**Hilfsvollstreckung,** in den ehemännlichen Nießbrauch an einem Capitale der Ehefrau, Modalität derselben, 205. — in außenstehende Forderungen des Schuldners, 229. — s. a. Jus variandi.
**Hypothekarische Forderung** s. Cession.
**Hypothekarische Klage** s. Verjährung.
**Hypothekarischer Gläubiger,** kann auch dann, wenn seine Befriedigung aus den durch die Subhastation des Pfandgrundstücks erlangten Licitationsgeldern zu erwarten steht, den persönlichen Schuldner ohne Weiteres in Anspruch nehmen, 425. — s. a. Gläubiger.
**Hypothekenbücher,** Princip der Oeffentlichkeit derselben, 255.
**Hypothekengesetz,** zu §§. 79, 81, 84, 90, 91 u. 99 desselben, 425 ff.

## I.

**Innungen,** auswärtige, welche der Gewerbsbranche einer der streitenden Innungen angehören, als Sachverständige, 146.
**Innungsspecialartikel,** sofern sie den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betreffen, sind durch das Ges. v. 9. Oct. 1840 für aufgehoben zu betrachten, 493.
**Intervention,** nach welchen Grundsätzen sie zu behandeln ist, wenn ein Dritter abgepfändete Mobilien vindicirt, die nicht über 20 Thlr. taxirt sind, 70. — des Ehemannes in dem zwischen seiner Ehefrau, als Beklagter, und einem Dritten verhandelten Processe, 81 ff. — im Processe — Hauptintervention — accessorische — gemischte, 222 ff., 331. — Wesen und Zweck derselben, 221. — s. a. Principalintervention.
**Irrigationes,** 194.
**Irrthum** s. Ausflucht.
**Jus variandi** des Gläubigers nach erfolgter Hilfsvollstreckung, 428, 432.

## K.

**Kauf,** die Behauptung des Beklagten, er habe den K., auf dessen Erfüllung geklagt wird, nicht als Käufer, sondern als Bevollmächtigter eines Dritten abgeschlossen, ist nicht Exception, sondern geläugneter Klaggrund, 189. — K. auf Bestellung, 233. — wie der Satz: Kauf bricht Miethe zu verstehen ist, 360.
**Kaufpreis,** angemessener, kann bei im gewöhnlichen Verkehre befindlichen Gegenständen, auch wenn er nicht ausdrücklich bedungen worden, vom Verkäufer gefordert werden, 347. — das Anführen, daß der Kaufpreis orts- und geschäftsüblich sei, bedarf keines förmlichen Beweises, ib.
**Kinder,** ob unter diesem Ausdrucke in testamentarischen Dispositionen lediglich die Descendenten ersten Grades, oder die Descendenten überhaupt, ohne Unterschied der Grade, zu verstehen, und worauf bei Beantwortung dieser Frage zu sehen ist, 497.
**Kinder,** eheliche, inwieweit der Vater die auf ihren Unterhalt verwendeten Kosten, wenn er nach beendeter väterlicher Gewalt ihnen ihr Vermögen herausgiebt, abzuziehen berechtigt ist, 275. — s. a. Alimente, Ehefrau, Erziehung, Paternität.
**Kinder** aus geschiedenen Ehen, über das Recht und die Pflicht zur Erziehung derselben, 357.
**Kinder,** uneheliche, s. Alimentation, Alimentationsverbindlichkeit, Paternität.
**Kirchenzeugnisse,** deren Beweiskraft, 412.
**Klage,** eines Gläubigers, welcher sich beim Concurse nicht gemeldet hat, gegen den ehemaligen Cridar, Begründung derselben, 60. — s. a. Schatz, Scheidung von Tisch u. Bett.
**Klaggrund,** geläugneter, s. Kauf.
**Klagverjährung,** mit ihr erlöscht das ganze Recht, 269.
**Klempner,** haben kein Verbietungsrecht gegen die Kupferschmiede rücksichtlich der Arbeiten in Messingblech, 145.
**Kohlenfeldbesitzer,** Gebührnisse, welche die Besitzer eines durch eine Wasserhebungsmaschine getrockneten Kohlenfel-

Digitized by Google

des den Inhabern der Maschine zu leisten verpflichtet sind, und Ort der Leistung dieser Verbindlichkeit, 65.

**Kostenerstattung** in Verwaltungssachen, 97, 101.

**Kostenfrei**, Interpretation dieses Ausdrucks in §. 15 des Mand. v. 10. Septbr. 1822, 66, 68.

**Kostenvorstand**, Befreiung davon, 120. — wie er zu leisten, 234 ff. — s. a. Curator bonorum.

**Kramer**, Leipziger, dürfen Branntwein unter 1 Dresdner Kanne nicht verkaufen, 97.

**Kriegsschaden**, 338 ff.

**Kriegszustand**, 338 ff.

**Krumpfen** von Tuch, inwieweit es dem Verbietungsrechte der Tuchscheerer- und Tuchbereiter-Innungen unterliegt, 329. — Bedeutung, Zweck, Wirkung und Verfahren, 333.

**Kupferschmiede**, das Weichlöthen, Verarbeiten von Messingblech und der Verkauf derartig gefertigter Waaren Seiten derselben, 146. — s. a. Klempner.

**Kuxe**, Reduction und Theilung derselben, 29. — Interpretation des darauf bezüglichen §. 14 des Berggesetzes v. 22. Mai 1851, 30 ff.

## L.

**Laesio enormis** s. Ausflucht.

**Laudemialpflicht** in Bezug auf Grundstücke, die sich im Besitze des Staatsfiscus befinden, 2.

**Lebensnachstellungen**, als Ehescheidungsgrund, 77.

**Legat**, nothwendiger Inhalt einer vom Testator vor Zeugen abgegebenen Erklärung, durch welche ein von dem Verfertiger oder Schreiber des Testamentes in diesem für sich selbst verschriebenes Legat Giltigkeit erlangen soll, 128. — Erwerbung des Legates, 507. — s. a. Testament.

**Legatare** können bei der Testamentserrichtung als giltige Zeugen adhibirt werden, 302.

**Legitimität** eines Kindes, welches zwar während der Ehe, aber noch vor dem 182sten Tage nach deren Schließung geboren worden ist, 412.

**Lehngeldberechtigung**, wodurch sie lediglich begründet wird, 4. — Ablösung derselben von den zu Eisenbahnen verwendeten lehngeldpflichtigen Grundstücken, 1.

**Leipziger Bank** s. Banknoten.

**Lex Aquilia**, 346.

**Liberi**, ausgedehnter Begriff nach Röm. Rte., 499.

**Litisconsorten**, eidesunmündige, ob es in der Eidesformel einer besondern Bezugnahme auf sie bedarf, wenn der von den eidesmündigen geleistete Eid als für die Ersteren mit geschworen soll gelten können, 125.

**Litisdenunciation**, Zweck, 250.

## M.

**Maiaufstand** in Dresden 1849, ob er als Kriegszustand anzusehen, 337. — inwieweit der Staatsfiscus zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, welche das Militär während des und nach dem M. Privatpersonen zugefügt hat, ib. ff.

**Mehr oder weniger**, eine analoge Ausdehnung der Bestimmung der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 5, §. 8 hinsichtlich dieses Zusatzes auf Zeitangaben, mittelst des Zusatzes „früher oder später" ist unzulässig, 496.

**Melioratio** s. Ausflucht.

**Messingblech** s. Klempner, Kupferschmiede.

**Miethbewohner**, ihnen muß der neue Erwerber eines Grundstücks zu Ermittelung eines anderweiten Unterkommens so viel Zeit vergönnen, als die übliche Kündigungsfrist beträgt, 359.

**Miethstreitigkeiten** gehören im Allgemeinen nicht zu denjenigen Differenzen, deren Gegenstand schlechthin keine Schätzung zuläßt, 461.

**Miteigenthümer**, bei einem in condominio befindlichen Grundstücke sind alle die Benutzung betreffenden Maaßregeln an die Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer gebunden, 461.

**Mobilien**, abgepfändete, s. Intervention.

**Morbus sontieus**, 144.

**Mühlwasser**, 196.

**Münzen**, Zahlung mit solchen, die keinen gesetzlichen Cours haben, 149.

## N.

**Nachlässigkeit** s. Casus.

**Nachlaß**, Obliegenheit des Richters in Bezug auf dessen Ausantwortung und auf die Sicherstellung der Nachlaßgläubiger, 361.

**Nachlaßgläubiger** s. Nachlaß.

**Nachlaßvertreter**, einen solchen darf der Richter zu einem durch die Lossagung eines Erben vacant gewordenen Nachlaßantheil dann nicht bestellen, wenn ein Miterbe vorhanden ist, der die Erbschaft angetreten hat, 361. — wenn überhaupt die Bestellung eines N. statthaft ist, 363.

**Nebenlinien regierender Häuser** s. Gerichtsstand.

**Negatorienproceß**, wie in diesem auf die Erklärung des Beklagten, daß er die von ihm eingeräumte Turbativhandlung nicht kraft eignen, sondern von einem Dritten auf ihn übertragenen Rechts vorgenommen habe, zu erkennen ist, 249.

**Negotiorum gestio**, Erforderniß dazu, 292.

**Nichtschuld**, wissentlich gezahlte, warum sie nicht zurückgefordert werden kann, 212.

**Nießbrauch** s. Hilfsvollstreckung.

**Nießbrauchsrecht** des Ehemannes, 82.

**Nova**, in dritter Instanz, 378, 381.

**Novation**, die Ausstellung oder Begebung eines Wechsels oder einer Anweisung über eine aus einem früheren Rechtsverhältniß herrührende Schuld enthält präsumtiv eine Novation, 509.

**Noxae datio**, 324.

## O.

**Ordentlicher Richter** s. Erziehung u. Ernährung.

**Obervormundschaftliche Behörde**, Ermessen derselben in Ansehung der Erziehung der Kinder aus geschiedenen Ehen, 53.

## P.

**Pachtcaution**, gegen die von ihm gestellte kann der Pachter diejenigen Ansprüche compensiren, welche gegen ihn aus dem Pachtverhältnisse erhoben werden, 103.

**Pachtgeld**, Remiß, 201, 343. — s. a. Abpachter.

**Pactum de mutuo dando** und Erfordernisse einer darauf zu gründenden Klage des Darleihers, 281.

**Pactum de vendendo**, 369, 377.

**Paragia**, 169 ff., 186.

**Paternität**, in der Genehmigung des Ehemannes zur Taufe des von seiner Ehefrau ihrer Behauptung nach im Ehebruche erzeugten Kindes auf seinen Namen liegt kein thatsächliches Anerkenntniß der Paternität, und wird dadurch der Alimentationsanspruch des Kindes gegen den als eigentlichen Erzeuger bezeichneten Dritten nicht ausgeschlossen, 313. — ob in diesem Falle der Mutter des Kindes ein Klagerecht gegen den Schwängerer zusteht, 317.

**Patrimonialgerichtsherr**, kann sich giltigerweise der Zuständigkeit seines Patrimonialgerichts unterwerfen, 244.

**Paulianische Klage**, s. actio Pauliana.

**Pensionen** können mit Beschlag belegt werden, 95.

**Pensionsverein Sächsischer u. Altenburgischer Advocaten**, Entscheidung wegen verlangter Beibringung glaubhafter Geburtszeugnisse für Mann und Frau, 297. — und Bezahlung von Conventionalstrafe, 299. — Austrittserklärung, 300.

**Perhorrescenz** desjenigen Patrimonialrichters, dem sich der Patrimonialgerichtsherr unterworfen hat, Seiten des Gegners, Wirkung, 246.

**Perhorrescenzgesuche**, Erfordernisse zu ihrer Begründung, 245.

**Pfand** s. Verjährung.

**Pfandrecht** s. Gläubiger.

**Pferde**, die die Redhibition begründenden Fehler derselben, 436.

**Pferdehandel** s. Redhibitorische Klage.

**Pflichttheil**, Berechnung desselben im Falle einer inofficiösen Schenkung, 33 ff., 41 ff., 49 ff.

**Portofreie Einsendung** der von Privatpersonen bei den Behörden zu überreichenden Schriften, 272.

**Principalintervention** nach bereits rechtskräftig erfolgter und auf der Execution beruhender Entscheidung, wenn sie nur zu beachten ist, 91.

**Privatfürstenrecht**, 187.

**Privilegien** s. Erstinctiverjährung.

**Proceßlegitimation**, 409.

**Proceßordnung**, erläuterte, Auslegung von §. 2 ad tit. 35 derselben, 475.
**Propreiwechsel**, ob er nach der allg. D. W.-O. giltig, wenn Zinsen darin versprochen werden, 378. — Sächs. Recht, 379.
**Prorogatio fori**, wenn sie nur ausgeschlossen ist, 245.
**Prorogation** von Terminen, ob über die Erheblichkeit der Gründe, welche einem Antrage darauf untergelegt sind, durch Resolution entschieden werden kann, 226.
**Protestation** gegen Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks zur Sicherstellung einer nach dem eignen Zugeständnisse des Schuldners für gefährdet zu achtenden Forderung, 151. — s. a. Zeugenabhörung.
**Proteste** s. Gewerkenversammlung.
**Protokoll**, Wirkung der Correcturen in einem gerichtlichen, 308.
**Prüfung der Bauhandwerker**, hat ohne Rücksicht darauf, ob sie sich in einer großen oder kleinen Stadt oder auf dem Lande niederlassen wollen, vielmehr lediglich vom Standpuncte der allgemeinen technischen Ausbildung zu erfolgen, 101.

## Q.

**Quarta D. Pii**, 168.
**Querela non numeratae pecuniae**, 161.
**Quittung**, unbedingte Geltung derselben nach 30 Tagen, 163.

## R.

**Räumung** des zum Wasserabfluß bestimmten, auf dem servitutpflichtigen Grundstücke befindlichen Grabens, wem sie obliegt, 305.
**Receptum**, ob die actio de recepto gegen den Gastwirth auch dann begründet ist, wenn der Gast, ohne die Eingangsthür zu dem ihm angewiesenen Zimmer zu verschließen, oder die werthvolleren Sachen in den vorhandenen verschließbaren Behältnissen zu verwahren, sich der nächtlichen Ruhe überlassen hat, und während der Nacht an den inferirten Gegenständen ein Diebstahl verübt wird, 257.
**Rechnung**, aus der Annahme derselben kann eine Genehmigung der darin enthaltenen Ansätze nicht gefolgert werden, 348. — was aus der Annahme der von einem Handwerker seinen Kunden von Zeit zu Zeit zugesendeten, verbunden mit der Annahme und dem Verbrauche der bestellten Gegenstände und mit wiederholten neuen Bestellungen ähnlicher Arbeit anzunehmen ist, 417.
**Rechtsstreit**, früherer, diesen kann derjenige, welcher einen im Besitze des Beklagten befindlichen Gegenstand als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, an den sich ein Kläger wegen einer rechtskräftig erstrittenen Forderung halten will, nicht als res inter alios acta ansehen, sondern hat das Ergebniß desselben auch in diesem Processe bis zum Beweise des Gegentheils gegen sich gelten zu lassen, 441.
**Reconventio reconventionis non datur**, 210, 213.
**Reconvention** s. Wiederklage.
**Recurse** s. Gewerkenversammlung.
**Redhibitorische Klagen** in Bezug auf den Pferdehandel, 434.
**Remedium ex gratificatione**, 441.
**Renten** des Gemeinschuldners sind zur Concursmasse zu ziehen, 95.
**Res communes**, 194.
**Res extra commercium** bei den Römern, 194.
**Res publicae**, 194.
**Restitution** gegen das vom Sachwalter verhaugene Versäumniß, 41.
**Restitutionsgesuche** wegen verabsäumter Termine, Grundsätze, welche bei Beurtheilung derselben in Betracht kommen, 228.
**Retorsionsrecht**, 465.
**Richter**, Haftung desselben wegen erfolgter Haftnahme einer Person zum Behufe criminalrechtlicher Erörterung, 449. — s. a. Nachlaß, Nachlaßvertreter.
**Richterliches Ermessen**, Bestimmungsgründe für das bei Ergänzung der Einwilligung eines Auszugsberechtigten in eine Dismembration entscheidende pflichtmäßige, 231.

## S.

**Sachen**, auf Bestellung gelieferte, zu deren Annahme ist der Besteller nicht verbunden, wenn sie für den bestimmten Zweck unbrauchbar sind, 61.
**Sachsenbuße**, Ansprüche darauf und auf gewisse damit zusammenhängende Schäden gegen eine Privatperson, 449.
**Sächsische Frist** s. Schwörungstermin.
**Sävitien**, als Ehescheidungsgrund, 77.
**Schadenersatz**, 97. — inwieweit der Spediteur und inwieweit der Frachtführmann dem Absender dafür verhaftet ist, wenn die abgesendeten Waaren unterwegs auf dem Frachtwagen durch Feuer vernichtet werden, 9 ff. — s. a. Malaufstand.
**Schänkwirthe**, ihr Schankbefugniß erstreckt sich auch auf den Verkauf des Biers und Branntweins über die Gasse, 100.
**Schatz**, Verheimlichung und Vorenthaltung eines aufgefundenen, dem Grundeigenthümer gegenüber, ist kein criminalrechtlich strafbares Verbrechen, 289. — Klage, welche dem Eigenthümer des Fundorts gegen den Finder zusteht, ib.
**Scheidung von Tisch und Bett**, zeitweilige, Statthaftigkeit einer selbstständig darauf gerichteten Klage, und welche Ursachen zu ihrer Begründung erfordert werden, 286.
**Schenkung**, wenn sie nur als inofficiös zu betrachten ist, 42, 47. — s. a. Pflichttheil.
**Schleußen**, 194.
**Schuldbekenntniß**, schriftliches, im Sinne des §. 5 sub f. des Gesetzes v. 23. Juli 1846, die Einführung einer kurzen Verjährung betr., 94.
**Schuldschein**, Begriff, 93.
**Schwörungstermin**, der Gegner des juraturus hat keinen Anspruch auf Einräumung einer Sächs. Frist dazu, 438.
**Senatusconsultum Pegasianum**, Gegenstand, 167.
**Senatusconsultum Trebellianum**, Zweck, 167.
**Septa**, 194.
**Septiduum**, ist auch in geringfügigen Rechtssachen zu beobachten, 416.
**Sequestration** bei Hilfsvollstreckungen, 167.
**Servituten**, wem bei ihnen die Unterhaltung und Herstellung des Mittels zu ihrer Ausübung obliegt, 307.
**Soldaten**, verabschiedete, Befugniß derselben zum selbstständigen Betrieb eines Gewerbes ohne Rücksicht auf dessen zünftige Erlernung auch in Bezug auf Bauhandwerke, 385.
**Solennitätseid** s. Dilationen.
**Spediren — Spediteur — Speditionsvertrag**, Bedeutung, 12. — s. a. Schadenersatz, Verladungsvertrag.
**Staatsfiscus** s. Malaufstand.
**Stearinlichte**, Detailhandel damit, 382.
**Stempelbetrag** zu einem Berichte, worin neben einer Appellation auch einer Adhäsion gedacht wird, 327.
**Subhastation** s. Vertheilungsplan.
**Subhastationsauflage**, zu deren Erlassung ist die Proceßbehörde, nicht die Grund- u. Hypothekenbehörde des verhafteten Grundstücks competent, 440.
**Sustentationsquantum** für die Ehefrau, Feststellung desselben, wenn ein Gläubiger des Ehemannes die Nutzungen ihres Illatenvermögens in Anspruch nimmt, 205.

## T.

*Τίκνα*, Begriff nach Röm. Rechte., 503.
**Termine** s. Prorogation, Restitutionsgesuche.
**Testament**, dunkle oder zweideutig gefaßte Stellen darin, 181. — ein gerichtliches, mündlich errichtetes wird dadurch nicht ungiltig, daß in demselben den zugezogenen Gerichtsbeisitzern Legate ausgesetzt worden sind, 300.
**Trebellianisches Viertheil** s. Fiduciarerbe, S. C. Trebellianum.
**Trennstücke**, was in Bezug auf die Laudemialpflicht derselben gilt, 4.
**Trennung**, eigenmächtige der Eheleute, ist wirkungslos, 287.
**Tuch — Tuchbereiter-, Tuchscheererinnung** s. Decatiren, Krumpfen.
**Turbativhandlung** s. Negatorienproceß.

## U.

**Uhrmacherkunſt,** iſt in Sachſen als zünftiges Gewerbe anzuſehen und unterliegt daher nicht der Beſtimmung in §. 2 des Geſetzes, den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betreffend, 493.

**Unheilbare Krankheit** des Geiſtes und des Körpers als Eheſcheidungsgrund, 77.

**Universitates** ſ. Gemeinden.

**Unſchlüſſige Klagen,** Wirkung der Zugeſtändniſſe des Beklagten im Verfahren, 69.

**Unterſchlagung,** 264.

**Unterſtützung,** öffentliche, Erſatz, 141.

**Urkundenproceß** ſ. Wiederklage.

## V.

**Väterliche Gewalt,** Beweis der Exiſtenz derſelben, 378, 381. — ob zu Atteſtirung derſelben die Adminiſtrativ- oder die Juſtizbehörde competent iſt, 379 ff.

**Veräußerung** von Forderungen auf dem Wege der öffentlichen Auction, 229.

**Verbrechen,** als Eheſcheidungsgrund, 77.

**Vergleich** ſ. Executionsverfahren.

**Verjährung,** ob ſie durch andere gerichtliche Acte, als die Klaganſtellung, unterbrochen werden kann, 269. — ſ. a. Anerkenntniß, Einreden, Erſtinctivverjährung.

**Verjährung** der hypothekariſchen Klage, 215, 265. — muß ein ſpäterer Beſitzer des Pfandes, wenn er die Beſitzzeit des urſprünglichen Schuldners in die Verjährungszeit einrechnen will, die 40jährige Friſt für ſich haben, 218, 265. — beginnt die 30jähr. Verjährungsfriſt des R. Rts. gegen jeden neuen Beſitzer des Pfandes von Neuem zu laufen, ib. 267. — Unterbrechung der Verj. durch Anerkenntniß der Forderung oder Hypothek, 219, 267. — ob die Verj. auch einredeweiſe oder nur durch Klaganſtellung unterbrochen werden kann, 221, 268. — Verj. der act. hypoth. gegen den Schuldner und deſſen Erben und Eigenthümliches derſelben, 266.

**Verjährung,** kurze, Unterbrechung, 92. — auf die dreijährige Verjährungsfriſt leidet der Grundſatz: agere non valenti non currit praescriptio keine Anwendung, 32. — ſ. a. Alimente.

**Verjährungsfriſt** ſ. Verjährung, Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

**Verkäufer** ſ. Kaufpreis.

**Verladungsvertrag,** ob ein ſolcher oder ein Speditionsvertrag vorliegt, wenn ſich ein Spediteur, der zugleich Verladungsgeſchäfte betreibt, Frachtlohn bedungen und verſprochen hat, binnen gewiſſer Zeit zu transportirende Güter unbeſchädigt an die Adreſſaten abzuliefern, 9, 11.

**Vertheilungsplan,** Weſen und Einrichtung des hinſichtlich der Subhaſtationsmaſſe vorgeſchriebenen, 424.

**Veruntreuung,** 264.

**Verwaltungsſachen** ſ. Anzeigen, Extrajudicialien, Gerichtskoſten, Koſtenerſtattung.

**Verzugszinſen** von rückſtändigen Kaufgeldern für empfangene Kaufmannswaaren, 235. — inwieweit ſie zur Erfüllung der appellabeln Summe mit eingerechnet werden können, 260.

**Vindication** ſ. Intervention.

**Vorladung** an eine Ehefrau, 81.

## W.

**Waſſerhebungsmaſchine** ſ. Kohlenfeldbeſitzer.

**Waſſerläufe,** Rechte und Pflichten des Berechtigten und Verpflichteten bei den darauf bezüglichen Servitutenverhältniſſen, 306.

**Waſſerleitungen,** 194.

**Wechſel** — wahrer und förmlicher, 159. — ob er nach dem Rechte des Orts, wo er ausgeſtellt worden oder wo er geltend gemacht wird, zu beurtheilen iſt, 378, 381. — Wirkungen der verſäumten Diligenz, wenn die Einlöſung deſſelben durch Zufall, höhere Gewalt oder durch die Schuld des Bezogenen vereitelt worden iſt, 509. — ſ. a. Novation, Proprewechſel.

**Wechſelfähigkeit,** zu Art. 1 der allg. D. W.-O., 378, 381.

**Wechſelproceß** ſ. Depoſition, Erkenntniß.

**Wegeſervitut,** gegenſeitige, durch Vertrag benachbarter Gutsbeſitzer beſtellte, Verpflichtung der nachfolgenden Eigenthümer der reſp. Grundſtücke, 6.

**Weichlöthen** ſ. Kupferſchmiede.

**Wiedereinſetzung in den vorigen Stand,** die Anſicht, daß ſie gegen den Ablauf der Verjährungsfriſt nicht Statt finde, bezieht ſich blos auf die gewöhnliche Verjährung von 31 J. 6 W. 3 T., 335. — in causis certae aestimationis gegen das vom Sachwalter verhangene Friſtverſäumniß, 457.

**Wiederklage,** der in der Convention verurtheilte Beklagte kann für dieſe den Urkundenproceß wählen, 209. — ob der im Executivproceſſe verurtheilte Beklagte, wenn er bei Bezahlung des liquidi keinen Vorbehalt oder keine Proteſtation beifügt, der Reconvention verluſtig wird, 211. — ob der Beklagte in der Executivſache dadurch, daß er darin gar nicht excipirt, das Recht verliert, ſeine etwaigen Exceptionen mittelſt der Wiederklage geltend zu machen, 210, 211.

## Z.

**Zehend,** Ort der Gewährung, 69.

**Zeitbeſtimmung,** von der es ungewiß, ob ſie eintreten wird, ob ſie ohne Ausnahme der Suspenſivbedingung gleichſteht, 479.

**Zeugenabhörung,** ob der bloße Antrag darauf bei beabſichtigter Proteſtation gegen Veräußerung und Weiterverpfändung eines Grundſtücks die Stelle der Beſcheinigung dann vertreten kann, wenn der Impetrant eine Gefährdung ſeiner Forderung und, daß inſonderheit die Vermögensverhältniſſe des Impetraten ſich verſchlimmert, nicht nachgewieſen hat, ſeine Forderung auch zur Zeit ganz unbeſcheinigt iſt, 15.

**Zubehörungen** ſ. Dismembration.

**Zugeſtändniſſe** des Beklagten in der Einlaſſung auf die frühere unſchlüſſige Klage, davon kann Beklagter in dem anderweiten Proceſſe wiederum abgehen, 393.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 65 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 1.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 1.

### Auch von den zur Eisenbahn verwendeten lehngeldpflichtigen Grundstücken ist das Lehngeld abzulösen.

Mitgetheilt von

Herrn **M.** in X.

Bei der Lehngeldablösung zu W. kamen unter anderen mehrere lehngeldpflichtige Grundstücke in Frage, welche zur Leipzig-Magdeburger Eisenbahn verwendet worden waren. Die Besitzer des berechtigten Rittergutes W. und St. verlangten die Ablösung der Lehngeldberechtigung auch von diesen Grundstücken, während die Leipzig-Dresdener Eisenbahncompagnie, als Eigenthümerin dieser Bahn, insoweit dieselbe im Königreiche Sachsen gelegen (vergl. Verordnung, die Verlängerung der Leipzig-Dresdener Eisenbahn nach der Grenze betr., vom 8. September 1838. G.- u. V.-Bl. v. J. 1838. S. 413.), ihre diesfallsige Verbindlichkeit bestritt.

Die in dieser Differenz gesprochenen Erkenntnisse folgen nachstehend:

I. Bescheid der Specialcommission, publicirt am 25. April 1853.

„In Sachen Herrn Herrmann Eckhardt von S.'s und fol. — genannter Consorten, als Eigenthümer des Mannlehngutes W. und St., Impetranten an einem, der Leipzig-Dresdener Eisenbahncompagnie, Impetratin am anderen Theile, giebt die für die Auseinandersetzungen zu W. verordnete Specialcommission diesen Bescheid:

Daß Impetratin die Verbindlichkeit, von den fol. — fortlaufende Nummer 51. und fol. — fortl. Nummer 87. aufgeführten, zur Leipzig-Magdeburger Eisenbahn verwendeten Grundstücken, insoweit letztere nicht vom Rittergute W. und St. selbst abgetrennt worden, den Impetranten Lehngeld, sowohl beim Wechsel in der Person des Berechtigten, als auch bei Veräußerung und Vererbung der pflichtigen Grundstücke, einschließlich der Vererbung an Descendenten des letzten Besitzers, nach Höhe von 2½ Procent zu entrichten, anzuerkennen und diese Verbindlichkeit nach den im Gesetz vom 11. November 1850. aufgestellten Grundsätzen zur Ablösung zu bringen verbunden.

Die durch diese Differenz verursachten Unkosten werden gegen einander aufgehoben."

Entscheidungsgründe:

„Nach fol. — sind die Parteien darüber einverstanden, daß auf den fraglichen, zur Leipzig-Magdeburger Eisenbahn verwendeten Grundstücken ursprünglich dieselbe Lehngeldverbindlichkeit gehaftet habe, wie auf den Hauptgütern, von denen dieselben abgetrennt worden, und sec. fol. — in Verbindung mit fol. —, daß von den Hauptgütern das Lehngeld in Ober- und Unterfällen bei Veräußerung und Vererbung ohne Befreiung der Descendenten nach 2½ Procent zu entrichten sei.

Dagegen behauptet Impetratin fol. —, daß die Lehngeldverbindlichkeit der fraglichen Trennstücke dadurch erloschen sei, daß dieselben zur Leipzig-Magdeburger Eisenbahn verwendet worden.

Zu Unterstützung dieser Ansicht bezieht sich dieselbe hauptsächlich auf §. 7. jcto §. 1. des Expropriationsgesetzes vom 3. Juli 1835., wonach das Eigenthum an Parcellen, welche zur Abtretung an die Leipzig-Dresdener, beziehendlich an die Leipzig-Magdeburger Eisenbahn gelangen, ohne Lehns-

reichung dergestalt an die Unternehmer übergehen sollen, daß sie im Fall der Wiederaufhebung der Eisenbahn erstere an Andere weiter veräußern können, der Käufer aber, ohne daß es vorher einer Lehnsnahme von Seiten der Unternehmer durch Lehnsträger bedarf, sofort die Lehn daran empfangen kann, und folgert daraus, daß mit dem Wegfall der Verbindlichkeit zur Lehnsnahme auch die Verbindlichkeit zu Entrichtung von Lehngeld erloschen sei.

Indessen hat man dieser Ansicht nicht beizupflichten vermocht.

Die Regel, daß das Lehngeld für den Act der Beleihung bezahlt werde, galt schon vor dem Erscheinen des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843 nur insofern, als die Beleihung die Bedingung des Erwerbes des Civileigenthums war, und daher die Form enthielt, durch welche die Eigenthumsübertragung anerkannt wurde, litt jedoch dann keine Anwendung, wenn nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles eine Uebertragung des Civileigenthums auch ohne gerichtliche Beleihung stattfand,

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. IV. S. 182 flg.

wie dies z. B. bei Veräußerungen an den Staatsfiscus der Fall zu sein pflegte.

vergl. Motiven zum Gesetz v. 6. November 1843. §. 151. des Entwurfs. (Landtagsacten vom Jahre 1843. Abth. I. Bd. 2. S. 121.)

Hieraus folgt, daß durch das angezogene Gesetz vom 3. Juli 1835 an der Verbindlichkeit, Lehngeld zu entrichten, nichts geändert worden, und es würde daher Impetratin auch verbunden gewesen sein, beim Erwerbe der fraglichen Grundstücke Lehngeld an die Impetranten zu entrichten. Dies erscheint um so unzweifelhafter, wenn man berücksichtigt, daß das gedachte Gesetz, wie alle Privilegien, der strengsten Auslegung unterliegt und daher der darin enthaltene Eingriff in Privatrechte dritter Personen nicht weiter ausgedehnt werden darf, als nothwendig ist, um den Zweck des Gesetzes zu erreichen, daß ferner §. 8. dieses Gesetzes a. E. ausdrücklich bestimmt, daß die Unternehmer zu ungewissen und außerordentlichen Oblasten — zu denen das Lehngeld jeden Falls gehört — nach Verhältniß des Theils, den die abgetrennte Parcelle vom Ganzen ausmacht, wie andere Eigenthümer besonders und unmittelbar beizutragen verbunden sein sollen.

Wollte man aber auch annehmen, daß das Lehngeld lediglich für den Act der Beleihung zu entrichten sei und daß daher Impetratin nicht verbunden gewesen, beim Erwerbe der fraglichen Grundstücke Lehngeld zu entrichten — eine Frage, deren rechtliche Entscheidung ohnehin nicht zur Competenz der Ablösungsbehörden gehört —, so würde hieraus immer nur folgen, daß die Verbindlichkeit, Lehngeld bei Besitzveränderungen in manu serviente zu entrichten, so lange ruhe, bis die fraglichen Grundstücke an einen dritten Besitzer übergehen, da dieser nach dem angezogenen §. 7. wieder verbunden sein soll, dieselben in Lehn zu nehmen (die Lehn daran empfangen kann) — eine Ansicht, welche auch die Verordnung der Commission für Errichtung der Grund- und Hypothekenbücher fol. — flg. der Beilagsacten Th. II. B. no. 18. anerkennt und Provocatin selbst sec. fol. — in Verbindung mit dem Zeugnisse der Hypothekenbehörde fol. — a. E. und — flg. nicht bestreitet.

Nun wird aber in dem Gesetze vom 21. Juli 1846. §. 9. bestimmt, daß die in diesem Gesetze enthaltenen Bestimmungen über Ablösung der Lehnwaare, welche mit den im Gesetze vom 11. November 1850 enthaltenen Modificationen noch jetzt in Kraft bestehen, auch auf die im Besitze des Staatsfiscus oder anderer moralischer Personen sich befindenden Grundstücke, insoweit dieselben der Laudemialpflicht unterliegen, angewendet werden sollen.

Diese Bestimmung enthielt der Entwurf des Gesetzes nicht; dagegen hatte die Staatsregierung nachträglich einen Zusatz zu diesem Entwurfe eingebracht, nach welchem auch auf die im Eigenthume des Staatsfiscus befindlichen in manu serviente lehngeldpflichtigen Grundstücke eine Ablösungsrente gelegt, deren Lauf aber erst mit dem Zeitpunkte seinen Anfang nehmen sollte, wo der Staatsfiscus das Grundstück wieder veräußere und dadurch wieder die Möglichkeit von Besitzveränderungsfällen herbeigeführt werde.

Diesem Zusatze trat jedoch die zweite Kammer entgegen und bemerkte dabei unter Anderem Folgendes:

„Der Grund, daß die Laudemialpflicht bei allen Grundstücken, welche im Besitze des Staatsfiscus sich befinden, gleichsam ruhe, insoweit es sich dabei um das bei Veränderungen in manu serviente zu entrichtende Lehngeld handelt, läßt sich streng genommen auf alle lehngelderpflichtigen Grundstücke anwenden, da das Recht sowohl, als die Verbindlichkeit der Lehngelderabentrichtung nicht eher eintritt, als wenn ein Veränderungsfall sich ereignet. — Wollte man von dem Grunde, welcher aus dem Ruhen der Laudemialpflicht entnommen, ausgehen, so würde das Gesetz sich überhaupt dahin haben aussprechen müssen, daß der Lauf jeder Rente nur erst von dem Eintritt des wirklichen Laudemialfalles

beginnen ſollen. Dies hat daſſelbe aber nicht gethan, ſondern läßt die Rente laufen von dem zu Stande gebrachten Ablöſungsgeſchäfte."

Bericht der erſten Deputat. der zweiten Kammer; Landtagsacten v. J. 1845/46, Beilage zu den Protok. der zweiten Kammer, 3te Sammlung, S. 293 flg.

Aus dieſen Gründen, ſowie mit Rückſicht darauf, daß auch bei anderen moraliſchen Perſonen ähnliche Verhältniſſe ſtattfänden, ſchlug die zweite Kammer als §. 14. b. den in das Geſetz ſelbſt als §. 9. aufgenommenen Zuſatz vor, womit ſich ſowohl die erſte Kammer, als auch die Staatsregierung einverſtanden erklärten.

Landtagsacten v. J. 1845/46, Beilage zu den Protokollen der zweiten Kammer, 4te Sammlung, S. 621., Abthl. I. Bd. II. S. 871 flg. und 963.

Demnach iſt es außer Zweifel, daß auch die Impetratin, als moraliſche Perſon, zu Ablöſung der Lehngeldverbindlichkeit in manu serviente, welche auf den in ihrem Eigenthume befindlichen Grundſtücken haftet, verbunden iſt, mag es noch ſo unwahrſcheinlich erſcheinen, daß eine Veräußerung dieſer Grundſtücke künftig ſtattfinden werde.

Noch weniger aber läßt ſich die Behauptung der Impetratin in Bezug auf die Lehngeldverbindlichkeit bei Beſitzveränderungen in manu dominante begründen, da dieſe durch das Geſetz vom 3. Juli 1835 in keiner Weiſe berührt werden, wie denn auch die Staatsregierung bei den gedachten Verhandlungen über das Geſetz vom 21. Juli 1846 die Verpflichtung, von fiscaliſchen lehngeldpflichtigen Grundſtücken das Lehngeld bei Beſitzveränderungen in manu dominante zu entrichten, ausdrücklich anerkannt hat.

Angef. Bericht der erſten Deputation der zweiten Kammer, S. 295 flg.

Hierdurch werden zugleich die Bemerkungen der Impetratin fol. — flg. widerlegt.

Wenn ferner Impetratin fol. — jct. fol. — flg. behauptet, daß aus dem angezogenen Geſetz vom 6. November 1843. §. 8. hervorgehe, es habe nach der Anſicht des Geſetzgebers einer ausdrücklichen Beſtimmung bedurft, wenn nach Aufhebung der Beleihung ſelbſt die Lehngelderpflicht noch fortbeſtehen ſolle, ſo iſt dies völlig unbegründet. Denn abgeſehen davon, daß im gedachten §. 8. das Lehngeld als eine „Abgabe bei Beſitzveränderungen an Grundſtücken" bezeichnet wird, ſo war eine Beſtimmung über das Lehngeld unter allen Umſtänden in dem §. 175. des Geſetzes vom 6. November 1843 gedachten Falle, wo Lehngeld auch ohne Beſitzereintrag zu erlegen iſt, erforderlich. Hätte nun der Geſetzgeber nur den letzten Fall erwähnen, den in §. 8. ausgeſprochenen Grundſatz aber als ſich von ſelbſt verſtehend mit Stillſchweigen übergehen wollen, ſo würde dies leicht zu unrichtigen Interpretationen Veranlaſſung gegeben haben, und es war daher ſehr zweckmäßig, dieſe durch die Beſtimmung in §. 8. abzuſchneiden, ohne daß deshalb dieſe Beſtimmung ihrem Weſen nach als eine neue, dem früheren Rechte fremde ſich darſtellt. Mit viel mehr Grund würde ſich die Behauptung rechtfertigen laſſen, daß der Geſetzgeber durch den gedachten §. 8. den obenerwähnten, bereits vor dem Geſetz vom 6. November 1843 befolgten Grundſatz, daß das Lehngeld bei Uebertragung des Civileigenthums auch in den Fällen zu entrichten ſei, wo es einer Beleihung nicht bedarf, ausdrücklich anerkannt habe.

Der Behauptung fol. — flg., daß die Impetratin gar nicht Eigenthümerin, ſondern nur Nutznießerin der fraglichen Parcellen ſei, ſteht die klare Vorſchrift in dem Geſetz vom 3. Juli 1835. §. 7. entgegen, wonach das Eigenthum an den zur Abtretung gelangenden Parcellen auf die Unternehmer übergegangen iſt.

Daß hiernächſt — wie Provocatin fol. — flg. behauptet — die zu Erhebung von Lehngeld Berechtigten nicht als entfernte Intereſſenten im Sinne des Geſetzes vom 17. März 1832. §. 167. anzuſehen ſind, welche ihr Recht nach dem Geſetz vom 3. Juli 1835. §. 9. nur binnen einer peremtoriſchen Friſt geltend machen konnten, bedarf keines weiteren Nachweiſes, da der gedachte §. 167. in Verbindung mit §. 9. deſſelben Geſetzes nur von ſolchen Intereſſenten ſpricht, welche bei der Ablöſung nicht unmittelbar betheiligt ſind, ſondern in Folge der ihnen in Bezug auf das berechtigte Grundſtück zuſtehenden Realrechte einen Anſpruch auf die für letzteres ausfallenden Ablöſungsbeträge haben, ein Fall, der hier gar nicht vorliegt.

Das fol. — flg. jct. fol. — flg. Geſagte wird durch die oben angezogene Beſtimmung des Geſetzes vom 21. Juli 1846. §. 9. widerlegt.

Dagegen verſteht es ſich von ſelbſt, daß die von dem Rittergute W. und St. ſelbſt abgetrennten Grundſtücke an ſich der Lehngeldverbindlichkeit nicht unterliegen können, und auf einen die Lehngeldverbindlichkeit begründenden Vertrag, welcher nach dem Geſetz vom 21. Juli 1846. §. 17. bis zum Erſcheinen dieſes Geſetzes allerdings noch zuläſſig geweſen ſein würde, iſt von den Impetranten nirgends Bezug genommen worden.

Da nun sec. fol. — auch Trennſtücke der gedachten Art in Frage zu kommen ſcheinen, wie dies namentlich daraus hervorgeht, daß a. a. O. ein

Beitrag zu den bestimmten Lasten des Rittergutes W. ausgeworfen, auch rücksichtlich mehrerer dergleichen Parcellen die Lehngeldverbindlichkeit im Grund- und Hypothekenbuche nicht eingetragen worden, so hat man diese Modification im Bescheide auszusprechen gehabt.

Schließlich ist noch zu Berichtigung einer fol. — ersichtlichen Bemerkung der Impetratin zu erwähnen, daß nach dem Gesetze vom 3. Juli 1835. §. 8. in Verbindung mit der Ausführungsverordnung §. 16. die Steuereinheiten des Stammgutes bei der Abtrennung der fraglichen Parcellen unvermindert geblieben sind, und daß daher der Betrag der Steuereinheiten, mit welchen diese Trennstücke ursprünglich belegt gewesen, zum Behuf der Ablösung des in Frage stehenden Lehngeldes, insoweit dies nicht bereits geschehen, noch zu ermitteln sein wird. Daß diese Steuereinheiten bei der Rentenberechnung von denen der Stammgüter in Abzug zu bringen sein werden, kann keinem Zweifel unterliegen; indessen ist diese letztere Frage, sowie überhaupt das Rechtsverhältniß zwischen der Provocatin und den Stammgutsbesitzern, ingleichen zwischen diesen letzteren und den Provocanten von gegenwärtiger Entscheidung auszuschließen gewesen, da die Stammgutsbesitzer zur Zeit nicht als Partei aufgetreten und hierüber nicht gehört worden sind.

Die Compensation der Kosten rechtfertigt sich dadurch, daß der Impetratin eine muthwillige Streitsucht nach Lage der Sache nicht zur Last gelegt werden kann."

II. Erkenntniß der Königl. Generalcommission für Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 11. Juni 1853.

„Die Königliche Generalcommission für Ablösungen und Gemeinheitstheilungen hat in Ablösungssachen der Besitzer des Rittergutes W. und St., Herrmann Eckhardts und Carl Adams von S., Provocantens an einem, der Leipzig-Dresdener Eisenbahngesellschaft, Provocatin am anderen Theile, auf die gegen den Bl. — der zurückfolgenden Acten Lit. W. no. 102. ersichtlichen Bescheid von beiden Theilen Bl. — und — eingewendeten Appellationen aus den beigefügten Gründen diesen Bescheid bestätigt, und werden die durch die gedachten Rechtsmittel erwachsenen Kosten unter den Parteien aufgehoben."

Entscheidungsgründe:

„A. Zur Appellation der Provocanten.

Der von den Provocanten Bl. — der commissarischen Acten geltend gemachten Ansicht, daß Trennstücke von dem Grund und Boden des lehngeldberechtigten Rittergutes mit dem Acte ihrer Veräußerung ohne Weiteres unter die wegen der im Orte des letzteren vorhandenen Rusticalgrundstücke bestehende Laudemialverbindlichkeit fallen, kann nicht beigepflichtet werden.

Ein Befugniß zur Erhebung von Lehngeld ist im Allgemeinen in den Rechten nirgends begründet, es muß dasselbe vielmehr überall, wo es zur Geltung gebracht werden soll, sich auf einen besonderen Erwerbstitel stützen. Von Trennstücken, welche von dem lehngeldberechtigten Rittergute selbst veräußert werden, gilt dies um so gewisser, je weniger bei ihnen überhaupt bis zu ihrer Abtrennung von einer Laudemialpflicht die Rede sein kann, und je unzweifelhafter die Vermuthung der natürlichen Freiheit von einer darauf bezüglichen Verbindlichkeit für diese Trennstücke streitet. Im Besonderen geht aber auch aus dem ersten und letzten Abschnitte der ersten Separatconstitution von 1572 ausdrücklich hervor, daß von solchen Trennstücken Lehngeld nur dann gefordert werden kann, wenn das Recht dazu speciell erworben worden ist. Daß ihnen nun in dieser Beziehung rücksichtlich der hier in Frage kommenden Trennstücke ein ausreichender Rechtstitel zur Seite stehe, haben Provocanten zwar unter Bezugnahme theils auf das am Orte bestehende Herkommen, theils auf die Bl. — flg. in Abschrift befindlichen Bestimmungen des W—r Erbbuchs von 1756 Bl. — flg. zu behaupten versucht; allein es wird dadurch ihr Anspruch nicht begründet. Angenommen nämlich, daß die Grundstücke zu W. und St. im Allgemeinen vermöge eines Herkommens zur Entrichtung eines Lehngeldes an das dasige Rittergut verbunden seien, so würden von diesem Herkommen doch immerhin die vom lehngelderfreien Ritterguts-Grund und Boden abgekommenen Trennstücke nicht betroffen werden, sobald es nicht auch gegen Trennstücke dieser Art, zumal wenn sie, wie es hier offenbar der Fall ist, erst nach der Zeit, zu welcher das Laudemialbefugniß des Rittergutes gegen die Rusticalgrundstücke erworben wurde, vom Rittergute veräußert worden sind, speciell begründet worden wäre, und letzteres haben Provocanten nicht behauptet. Die Bestimmungen des W—r Erbbuchs vom Jahre 1756 können aber nur auf die zur Zeit seiner Errichtung in W. und St. vorhanden gewesenen laudemialpflichtigen Grundstücke bezogen, zum mindesten nicht auf die fraglichen Trennstücke ausgedehnt werden, da es sich bei Errichtung jenes Erbbuches um eine Lehngelderverpflichtung der eigenen Grundstücke des Rittergutes nicht gehandelt hat.

B. Zur Appellation der Provocatin.

Provocatin hat ihren Widerspruch gegen Ablösung eines Lehngeldes von den ihr nach Bl. — zugehöri-

gen Grundstücken nach Bl. — flg. hauptsächlich und wiederholt auf die Behauptung gestützt, daß diese Grundstücke vermöge der Vorschriften des §. 7. des Expropriationsgesetzes vom 3. Juli 1835 einer Laudemialpflicht überhaupt nicht unterworfen seien. Diese Behauptung ist jedoch irrig. Durch gedachten §. 7. ist weder den Worten, noch dem Sinne nach bestimmt worden, daß, wenn die an die Provocatin abzutretenden Parcellen von einem lehngeldpflichtigen Grundstück abgetrennt werden, die diesen Trennstücken an sich gleichfalls beiwohnende Laudemialpflicht ohne Weiteres erlöschen solle. Durch §. 7. des erwähnten Gesetzes ist Provocatin lediglich der Verbindlichkeit, die von ihr zu erwerbenden Parcellen in Lehn zu nehmen, überhoben, nicht aber das Lehngelderbefugniß der Berechtigten aufgehoben worden. Wäre dies nicht schon aus dem klaren Wortlaute des Gesetzes zu entnehmen, so würde es aus den Motiven der Staatsregierung zu §. 17. mit überzeugender Deutlichkeit hervorgehen.

s. Landtagsacten vom J. 1833/34. Abth. I. Bd. 4. S. 209.

Nach Inhalt dieser Motiven hat es sich bei den Bestimmungen des §. 7. lediglich darum gehandelt, der Provocatin in Rücksicht auf die große Anzahl der von ihr zu erwerbenden Parcellen und die beträchtlichen Weiterungen, mit denen die Lehnsnahme jeder einzelnen Parcelle verbunden gewesen sein würde, eine Erleichterung zu verschaffen, und es ist darüber zu Gunsten der Provocatin im Wege der Gesetzgebung von der damals herrschenden Regel, daß das volle bürgerliche Eigenthum an Grundstücken nur durch die Lehnsreichung erworben werde, eine Ausnahme gemacht worden. Ist es aber im Allgemeinen schon unstatthaft, solchen gesetzlichen Bestimmungen, die eine Ausnahme von der Regel bilden, eine Wirkung einzuräumen, welche über die von dem Gesetze vorgezeichneten Grenzen hinaus geht, so läßt es sich im vorliegenden Fall um so weniger rechtfertigen, wollte man obiger Ausnahme eine weitere Anwendung auf die in Frage stehende Lehngelderverbindlichkeit geben und die Behauptung der Provocatin, daß vermittelst der ihr hinsichtlich der Lehnsreichung zugestandenen Vergünstigung auch die Laudemialpflicht der von ihr erworbenen Parcellen aufgehoben worden sei, für begründet ansehen, je gewisser es ist, daß die nurerwähnte Verbindlichkeit von der Bestimmung in §. 7. des Gesetzes vom 3. Juli 1835 und der ihr unterliegenden Absicht gar nicht getroffen wird.

Sind nun nach dem Anerkenntnisse der Provocatin Bl. — Act. die Stammgrundstücke der hier in Frage kommenden Parcellen der von den Provocanten behaupteten Laudemialpflicht unterworfen, so folgt daraus, daß die letztere, wie übrigens seiten der Provocatin nach Bl. — an sich gar nicht bestritten zu werden scheint, auch auf die Trennstücke mit übergegangen ist.

Die in §. 8. des Gesetzes vom 3. Juli 1835 enthaltenen Vorschriften stehen dieser Annahme nicht entgegen. Denn nach dem letzten Abschnitte dieses Paragraphen sind die ungewissen Oblasten von der Provocatin besonders und unmittelbar zu übertragen; daß aber die Lehngeldverbindlichkeit dahin zu rechnen sei, kann einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen, zumal wenn man berücksichtigt, daß den Gegensatz von ihnen nach dem Eingange des §. 8. die sich im Betrage gleich bleibenden Grundsteuern und Oblasten bilden.

Es hat daher Provocatin auch die Eintragung der Lehnwaare auf ihre Grundbuchsfolien geschehen lassen und den anfänglich dagegen erhobenen Widerspruch nur darauf beschränkt, daß sie während ihrer Besitzzeit ein Lehngeld zu entrichten nicht verbunden sei.

s. Bl. — s. Act. dict. und Bl. — ff. der Beilagsacten, Th. II. B. no. 18.

Die Frage aber, ob Provocatin bei Erwerbung der in Rede stehenden Parcellen von der Entrichtung eines Lehngeldes an Provocanten entbunden gewesen sei, ist für die Entscheidung der wegen der Ablösung der auf diesen Parcellen unzweifelhaft haftenden Laudemialpflicht obwaltenden Differenz ohne allen Einfluß.

Ebensowenig ist die von der Provocatin Bl. — der commissarischen Acten wiederholte Behauptung, daß sie als volle Civileigenthümerin jener Parcellen nicht betrachtet werden könne, zur Beachtung geeignet, da sie, außer dem in erster Instanz ihr Bl. — entgegengehaltenen Grunde, durch das Zeugniß Bl. — widerlegt wird, sowie denn endlich auch der von der Provocatin Bl. — Act. aus §. 9. des Gesetzes vom 3. Juli 1835 hergeleitete Einwand bereits in erster Instanz Bl. — genügende Erledigung gefunden hat.

Der commissarische Bescheid Bl. — ist daher durchgängig zu bestätigen, die Appellation der Provocatin aber, soweit sie nach Bl. — gegen die Ablösung des Lehngeldes gerichtet ist, nach §. 266. des Gesetzes vom 17. März 1832 als Recurs zu behandeln gewesen.

Anlangend den Kostenpunkt, so bedarf vorstehende Entscheidung weder in Bezug auf die Bestätigung des commissarischen Bescheids, noch auch rücksichtlich der Kosten zweiter Instanz nach Lage der Sache einer besonderen Rechtfertigung."

III. Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts, publicirt am 5. December 1853.

„In Ablösungssachen der Leipzig-Dresdener Eisenbahngesellschaft, Provocatin an einem, der Besitzer des Ritterguts W. mit St., Herrmann Eckhardts und Carl Adams von S., Provocanten am anderen Theile, erkennt auf die von der Provocatin Bl. — Vol. I. Act. Litt. W. no. 102. gegen die Bl. — derselben Acten befindliche Decisivverordnung der Königlichen Generalcommission für Ablösungen und Gemeinheitstheilungen eingewendete Berufung das Königlich Sächsische Oberappellationsgericht unter Zuziehung eines der Landwirthschaft kundigen Mitgliedes der genannten Königlichen Generalcommission für Recht:

daß nurgedachte Verordnung auf die von der Provocatin dagegen eingewendete Appellation, wie hiermit geschieht, zu bestätigen."

Entscheidungsgründe:

„Provocatin hat gegen die Entscheidung der vorigen Instanz Bl. — Appellation und Recurs eingewendet. Letzteres Rechtsmittel, auf welches sich die Cognition des Oberappellationsgerichts nicht zu erstrecken hat, bezieht sich auf den in zweiter Instanz bestätigten Ausspruch des Specialcommissionsbescheides Bl. —, daß Provocatin die fragliche Verbindlichkeit nach den in dem Gesetze vom 11. November 1850 aufgestellten Grundsätzen zur Ablösung zu bringen verbunden sei, und hierauf ist daher auch die im gegenwärtigen Erkenntnisse ausgesprochene Bestätigung nicht zu beziehen. Dagegen konnte diese im Uebrigen keinem erheblichen Bedenken unterliegen und genügt hierzu im Wesentlichen die Verweisung auf die erschöpfenden Gründe der vorigen Instanzen, welche Provocatin zu widerlegen nicht vermocht hat. Insonderheit erscheint es schon nach den Worten der §. 7. des Gesetzes vom 3. Juli 1835, noch mehr aber nach den in voriger Instanz Bl. — geltend gemachten Motiven zweifellos, daß die gesetzlich ausgesprochene Verschonung der Eisenbahngesellschaft mit Belehnung der expropriirten Grundstücksparcellen eine Befreiung dieser letzteren von der bis zur Expropriation darauf gehafteten Lehngeldverbindlichkeit auf der einen, und einen Verlust des gegenüberstehenden Rechts der betreffenden Rittergüter auf der anderen Seite keineswegs zur Folge haben sollen."

## 2.

**Ein Vertrag benachbarter Grundstücksbesitzer über Bestellung einer gegenseitigen Wegeservitut verpflichtet die nachfolgenden Eigenthümer der resp. Grundstücke präsumtiv und in der Regel auch dann, wenn beim Vertragsabschluß die dingliche Natur der bestellten Servitut nicht ausdrücklich stipulirt worden ist.**

Mitgetheilt von
Herrn Adv. E. L. in F.

Beim Gericht N. erhob im Jahre 1849 D. gegen K. und S., als Eigenthümer zweier Parcellen, welche vorlängst von der jetzt ihm gehörigen Wirthschaft abgetrennt worden waren, einzelne Negatorienklagen, weil Beklagte zur Bewirthschaftung jener Avulsen sich eines Wegs bedienten, welcher auf der Grenzlinie seiner Flur und der obgedachten beiden Avulsen früher dergestalt angelegt worden war, daß je eine Hälfte der Wegbahn zu beiden Seiten der auf derselben befindlichen Grenzsteine hinlief.

Beklagte excipirten eine ihnen diesfalls zustehende, schon von ihren resp. Vorbesitzern erworbene Wegeservitut, deren Beweis ihnen auferlegt wurde.

Nach geführtem Beweis und Gegenbeweis entschied das Königl. Spruchcollegium mittelst des am 17. Juli 1851 eröffneten Erkenntnisses:

„c. Und weil, die Hauptsache anlangend, beide Theile darinnen mit einander einverstanden sind:

1) daß ihre beiderseits hier in Rede stehenden Grundstücke Theile des früheren P.'schen Hufengutes sind,
2) daß ernannter P. die Hälfte dieses Hufengutes an F. W. B., B. aber an J. Ch. S., dieser hinwiederum theilweise an den Beklagten verkauft hat,
3) daß P. die andere Hälfte seines gedachten Hufengutes an J. G. Kr., und dieser an den Kläger veräußert hat,
4) daß die Grenzlinie zwischen der von P. an B., und der an Kr. verkauften Hälfte des Hufengutes von Seiten der Käufer verraint und ein auf dem P.'schen Hufengute schon früher vorhandener Feldweg auf die Theilungslinie dergestalt verlegt, daß die eine Hälfte dieses Weges auf den Kr.'schen (jetzt klägerischen), die andere auf den B.'schen Antheil (wovon wiederum das jetzt dem Be-

klagten gehörige Grundstück ein Theil ist), verlegt worden,

wogegen die Frage zwischen den Parteien streitig ist:

ob Beklagter ein Recht habe, auch auf demjenigen Theile dieses Weges, welcher zu des Klägers Grundstücke gehört, ein Fahrrecht auszuüben?

und nun zwar der Beklagte in dem ihm deshalb auferlegten Beweise seine diesfallsige Behauptung keineswegs darzuthun vermocht hat, daß der Besitzer des Hufengutes, von welchem die Grundstücke der Parteien dismembrirt worden, gleich bei dieser Dismembration und den damit verbundenen Käufen den damaligen beiden Käufern, Kr. und B., die Bedingung gestellt habe, daß die Benutzung des fraglichen Wegs Beiden gemeinschaftlich zustehen, und diese Gemeinschaftlichkeit den Charakter einer auf beiden Grundstückstheilen gleichmäßig haftenden, gegenseitigen Servitut haben solle, — dennoch aber aus den Depositionen der von dem Beklagten als Zeugen producirten ursprünglichen Käufer der jetzt den beiden streitenden Parteien zuständigen Grundstücke Kr.'s und B.'s, welche, da sie von beiden Theilen sowohl beim Beweise, als beim Gegenbeweise gebraucht worden, unstreitig für classisch zu achten sind, soviel hervorgeht, daß Beide, nachdem sie jene Grundstücke erworben, sich mit einander in der Maaße vereinigt, wie der noch jetzt bestehende und das Streitobject bildende Weg zu ihrer beiderseitigen gemeinschaftlichen Benutzung, und damit nicht jeder von ihnen auf seinem Grundstückstheile einen besonderen Weg anzulegen genöthigt sei, gehalten werden solle,

(cfr. 2c.)

und wenn auch Beide ausgesagt haben, daß mit ausdrücklichen Worten nicht festgesetzt worden sei, wie diese Vereinigung auch für ihre Besitznachfolger bindend sein solle, dennoch eben dieselben Zeugen bestätigen, wie sie beiderseits der Meinung gewesen, daß die getroffene Einrichtung fortwährend und für immer bestehen solle, und einseitig nicht abgeändert werden könne, daß sie auch, als sie später ihre Grundstücke anderweit verkauft, ihre Abkäufer von diesem, bis dahin fortwährend in Uebung gestandenen Verhältnisse in Kenntniß gesetzt hätten, und daß von einer Beschränkung auf ihre, der Zeugen, Lebenszeit (Besitzzeit) niemals die Rede gewesen sei,

(cfr. 2c.)

hieraus aber hervorgeht, daß die zwischen Kr. und B. getroffene Vereinigung nicht blos die Herstellung eines nur auf nachbarlicher Gefälligkeit beruhenden, mithin widerruflichen Verhältnisses, etwa eines solchen, wie in Bezug auf das compascuum in

Kind, quaest., Tom. II. cap. 35. pag. 119. edit. II.

beschrieben ist, sondern die Herstellung einer wirklichen und unwiderruflichen gegenseitigen Servitut bezweckt habe, hiermit auch nicht nur das, was dieselben Beweiszeugen in ihrer Eigenschaft als Gegenbeweiszeugen deponirt haben,

(cfr. 2c.)

vollkommen übereinstimmt, sondern hierfür auch eine sehr starke factische Vermuthung spricht, wenn man erwägt, daß hier eine Vorrichtung getroffen worden, welche ihrer Natur nach dauernd ist, und welche, wenn die Vereinigung, auf der sie beruht, einseitig aufgehoben werden könnte, für den anderen Theil gar keinen Nutzen haben, und wo also ein Verhältniß hergestellt würde, von dem nicht füglich angenommen werden kann, daß seine Eingehung in dem vernünftigen Willen der Parteien gelegen habe;

so hat Beklagter Dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen, zur Genüge dargethan, derowegen derselbe von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, es werden jedoch beiderseits auf diesen Proceß verwendete Unkosten billig gegen einander aufgehoben." —

Auf die hiergegen von beiden Theilen ergriffene Appellation bestätigte das Königl. Appellationsgericht zu Dresden durch Erkenntniß de publ. den 15. April 1852 die frühere Entscheidung, setzte aber an die Stelle der Kostencompensation die Verurtheilung des Klägers in Ab- und Erstattung der Kosten erster Instanz, und bemerkte hierzu in den Entscheidungsgründen:

„2c. Zur Begründung einer derartigen Servitut genügt aber, nach der Ansicht des Königl. Appellationsgerichts, schon die Errichtung eines hierauf bezüglichen Vertrags zwischen den betreffenden Grundstücksbesitzern in Verbindung mit der nachher hinzugekommenen Ausübung derselben (quasi-traditio). Daß nun dieses letztere Erforderniß im vorliegenden Falle vorhanden, und die behauptete Fahrgerechtigkeit vom Beklagten und dessen Vorbesitzer wirklich ausgeübt worden sei, ist nicht nur vom Kläger gar nicht bestritten worden, sondern ergiebt sich auch zur Genüge aus den Aussagen der abgehörten Beweiszeugen.

(cfr. 2c.)

In der ersteren Hinsicht bestätigen aber der zweite und dritte Beweiszeuge in ihren bereits Bl. —

Vol. II. hervorgehobenen Aussagen, daß sie, nachdem sie die gegenwärtig den streitenden Parteien zugehörigen Grundstücke von dem früheren gemeinschaftlichen Besitzer derselben, P., erkauft, auf den ihnen von dem Letzteren deshalb gemachten Vorschlag sich dahin mit einander vereinigt haben, daß der mehrgedachte Weg zu ihrer gemeinschaftlichen Benutzung liegen bleiben solle, und wenn auch dieselben Zeugen erklären, daß hierbei der Zukunft und der künftigen Besitznachfolger keine Erwähnung geschehen sei, so bestätigen doch beide ausdrücklich, daß sie in der Meinung gestanden, daß das getroffene Abkommen auch für alle Zukunft zu gelten habe. Hiernach läßt sich daher die Absicht der ursprünglichen Contrahenten, nicht blos eine auf ihre eigene Besitzzeit beschränkte persönliche Berechtigung, sondern eine auch auf ihre beiderseitigen Besitznachfolger übergehende gegenseitige Servitut zu begründen, nicht bezweifeln, und dies zwar um so weniger, als bei derartigen, zwischen zwei Grundstücksbesitzern mit Rücksicht auf ihre beiderseitigen Grundstücke eingegangenen Verträgen, wie bereits früher mehrmals von dem Königl. Appellationsgerichte ausgesprochen worden ist, ohnehin dann, wenn das Gegentheil bei Abschließung des Vertrags nicht entweder ausdrücklich festgesetzt worden, oder aus concludenten Thatsachen sich ergiebt, die Vermuthung für eine solche Absicht streitet, indem sich nicht annehmen läßt, daß die Contrahenten sich der Gefahr hätten aussetzen wollen, im Falle der Veräußerung des einen oder anderen der ihnen zugehörigen Grundstücke gegen den Nachbesitzer des Verkäufers die stipulirte Berechtigung nicht weiter ausüben zu dürfen.

Der Beweis Beklagtens mußte daher unter diesen Umständen allerdings für gelungen erachtet werden, und es würde nun dem Kläger obgelegen haben, im Gegenbeweise auszuführen, daß bei Errichtung des in Rede stehenden Vertrags das von den betreffenden Grundstücksbesitzern sich gegenseitig eingeräumte Recht lediglich auf deren Person oder Besitzzeit beschränkt worden sei. In der That hat auch Kläger seinen Gegenbeweis auf diesen Umstand mit gerichtet, allein die von ihm benannten Zeugen haben denselben nicht nur nicht bestätigt, sondern im Gegentheile, in Uebereinstimmung mit der von ihnen beim Beweise erstatteten Aussage, sich dahin ausgesprochen, daß dem Vertrage eine solche Beschränkung desselben auf die Besitzzeit der Contrahenten nicht beigefügt worden sei. (cfr. ꝛc.) ꝛc.

Vollkommen gerechtfertigt erschien dagegen die vom Beklagten aufgestellte zweite Beschwerde. Denn da derselbe vollständig als Sieger aus diesem Processe hervorgeht, so lag auch durchaus kein Grund vor, im vorliegenden Falle von der allgemeinen Regel, daß der besiegte dem siegenden Theile die Proceßkosten zu erstatten habe, abzuweichen, und Man hat daher in dieser Beziehung zu Gunsten Beklagtens reformatorisch erkennen zu müssen geglaubt."

Kläger remedirte zwar anderweit, allein das am 28. April 1853 eröffnete drittinstanzliche Erkenntniß fiel allenthalben confirmatorisch aus, und verurtheilte Klägern sogar in Erstattung der Kosten des verzögerten Processes, und zwar im Wesentlichen aus den in den vorigen Instanzen entwickelten Gründen.

Nur beiläufig ward — „um möglichen Mißverständnissen vorzubeugen" — noch Folgendes erwähnt:

„ꝛc. Nicht nur ward die Servitut, welche obgedachtem Kr. (cfr. fol. —), als dem Besitzer des Grundstücks sub g., und Beklagtem, als dem des Grundstücks sub f., zusteht, früher, wo die (cfr. fol. —) westlich vom fraglichen Wegetract gelegenen Grundstücke sich in eines einzigen Besitzers ungetrenntem Eigenthum befanden, auch nur für das Wirthschaftsbedürfniß dieses einzigen Eigenthümers ausgeübt, sondern sie ist auch constituirt worden, als nurgedachte Grundstücke noch nicht von einander dismembrirt waren. Es ist denkbar, daß nurbemerkte Veränderung der Umstände dem Kläger das fragliche Verhältniß erschweren kann, und insoweit dies der Fall sein sollte, könnte er befugt sein, in geeigneter Maaße auf entsprechende Abhülfe anzutragen. Allein unter allen Voraussetzungen würden solche Anträge doch nur zu einer Maaßbestimmung hinsichtlich der Ausübung des Befugnisses, keineswegs aber zu Aufhebung des Befugnisses selbst führen, welchergestalt denn auch die bezeichnete Möglichkeit keinen Einfluß auf die Entscheidung äußern konnte, und ihn auch dann nicht hätte äußern können, wenn (was jedoch in keiner Weise der Fall ist) in den Acten Andeutungen dafür vorlägen, daß jene Möglichkeit sich realisirt habe."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 2.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 3.

**Liegt ein Verladungsvertrag oder ein Speditionsvertrag vor, wenn sich ein Spediteur, welcher zugleich Verladungsgeschäfte betreibt, „Frachtlohn" bedungen und versprochen hat, binnen gewisser Zeit zu transportirende Güter unbeschädigt an die Adressaten abzuliefern? — Inwieweit ist der Spediteur, und inwieweit der Frachtfuhrmann dem Absender für Ersatz des Schadens verhaftet, welchen letzterer dadurch erleidet, daß die abgesendeten Waaren unterwegs auf dem Frachtwagen durch Feuer vernichtet werden; und wer hat hierbei den erlittenen casus, und wer die etwa dabei verhangene Nachlässigkeit zu beweisen?**

Mitgetheilt von

Herrn Dr. M. M—r in L.

Bei dem Handelsgerichte zu L. stellte H. S. gegen den dasigen Spediteur S. am 18. Mai 1849 folgende Klage an:

Am 19. Juli 1837 habe Kläger dem Spediteur S. zwei Kisten übergeben, um dieselben nach Dresden zu spediren. Beklagter habe die beiden Kisten auch durch seinen Schleifknecht abholen lassen und in Empfang genommen. Die eine derselben, mit H. B. bezeichnet, 4½ Centner schwer und an Herrn H. B. in Dr. bestimmt, habe einen neuen Badeschrank von Mahagony enthalten, dessen Herstellungspreis sich laut der Beifuge A. auf 87 Thlr. 2 Gr. —₰ belaufe, und für dessen Fracht von L. nach Dr. der Preis von 3 Thlrn. 3 Gr. —₰ bedungen worden sei. In der andern Kiste, B. G signirt, § Centner schwer, bestimmt an Herrn B. G., seien die in Beilage B. verzeichneten Bücher befindlich gewesen, und die Fracht dafür zu —₰ 10 Gr. —₰ festgesetzt worden. Beklagter habe, wie es der geschlossene Vertrag gefordert und von Klägerm acceptirt worden, versprochen, für die obgedachten, nach Ablieferung der Kisten zu zahlenden Frachten binnen drei Tagen beide Kisten unbeschädigt und wohlbehalten an die Adressaten zu liefern.

Es seien aber bis jetzt beide Kisten an die Adressaten noch nicht abgeliefert worden, weshalb Kläger ein Erkenntniß des Inhalts beantrage: daß Beklagter entweder den mit Klägerm eingegangenen Contract zu erfüllen und Klägerm alle durch seine Zögerung verursachten, erweislichen Schäden zu vergüten, oder, dafern er den Contract nicht erfüllen wolle oder könne, den Werth der beiden von ihm übernommenen Kisten, der ersten nach dem Herstellungspreis, der zweiten nach dem Preise der darin befindlich gewesenen Bücher mit 129 Thlrn. 22 Gr. —₰ nebst Verzugszinsen von Zeit erhobener Klage an zu ersetzen, nicht minder die durch diesen Proceß veranlaßten Kosten zu erstatten schuldig, auch dazu nach Handelsgerichtsbrauch anzuhalten.

Nach beendigtem Verfahren ward am 17. December 1849 vom Handelsgericht zu L. folgender Bescheid eröffnet:

ꝛc. „Und weil in der Hauptsache Beklagter, daß ihm Kläger am 19. Juli 1837 zwei in der Klage nach Signatur und Gewicht bezeichnete Kisten, um dieselben nach Dresden zu spediren, übergeben, er, Beklagter, solche auch in Empfang genommen habe, sowie, daß an Fracht von L. nach D. der Betrag von 3 Thlrn. 3 Gr. —₰ und resp. —₰ 10 Gr. —₰

bestimmt, beide Kisten aber an die genannten Adressaten, B. und G., nicht abgeliefert worden, beim 1sten, 2ten, 8ten, 10ten, 11ten, 12ten, 15ten, 16ten und 24sten Einlassungsabschnitte eingeräumt, dagegen das in die Klage aufgenommene Versprechen, Inhalts dessen Beklagter sich ausdrücklich verbindlich gemacht, beide Kisten binnen drei Tagen unbeschädigt und wohlbehalten an die Adressaten zu liefern, beim 17ten, 19ten, 21sten und 22sten Einlassungspunkte geleugnet, und die auf den angeblichen Inhalt der Kisten und dessen Werthsbetrag bezüglichen Klagpunkte 3. 4. 5. 6. 7. 13. 14. mit Nichtwissen beantwortet hat, nun aber zwar diese letzteren Punkte zur Zeit schon an sich und zumal nach der vom Kläger selbst Bl. — abgegebenen Erklärung, daß nicht auf Verurtheilung Beklagtens zum Schadenersatz, sondern zur Contractserfüllung die Klage gerichtet sei — als bei welcher Erklärung es sein Bewenden hat — keine weitere Berücksichtigung finden können, dagegen von dem Nachweise des erwähnten Versprechens der Fortgang und die Richtung des vorliegenden Rechtsstreites insofern abhängt, als für den Fall, daß dieses Versprechen

a) nachgewiesen wird, Beklagter von der ihm obliegenden Verbindlichkeit zu richtiger Ablieferung der Kisten sich durch Bezugnahme darauf, daß er die letzteren einem zuverlässigen Fuhrmanne zum Transporte nach Dr. übergeben habe, zu befreien nicht vermag, vielmehr wegen dieser auf den Erfolg der Ablieferung gerichteten Erklärung nur durch den Beweis, daß die Kisten durch den behaupteten casus, welcher von den Eigenthümern zu tragen wäre, untergegangen seien, von der übernommenen Verpflichtung frei werden würde, während in dem entgegengesetzten Falle, wenn nämlich jenes Versprechen

b) nicht dargethan wird, nach der im Eingange der Klage gegebenen Darstellung, und da der bloße Ausdruck „Fracht" anstatt „Spesen" als allein maaßgebend nicht erachtet werden kann, lediglich ein Speditionsvertrag der Parteien anzunehmen sein würde, mithin dem Beklagten, welcher als Spediteur für einen von ihm gewählten Fuhrmann blos dann haften muß, wenn er bei der Wahl desselben nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet, eine weitere Contractsverbindlichkeit, als die zur richtigen Uebergabe der Kisten an einen zuverlässigen Fuhrmann nicht obliegen, er aber, wie sich von selbst versteht, durch den Beweis eines diesfallsigen casus um so sicherer gegen den libellirten Anspruch sich schützen würde;

So ist Beklagter die in der Klage beschriebenen beiden Kisten an die ihm benannten Adressaten abzuliefern, auch alle durch die bisher unterbliebene Ablieferung dem Kläger verursachten erweislichen Schäden demselben zu vergüten, nicht minder die erwachsenen Proceßkosten ihm zu erstatten schuldig und im Unterlassungsfalle hierzu nach Handelsgerichtsbrauch anzuhalten, er könnte und würde denn

1) den über die Klage angetragenen Eid, und zwar ad pct. l. c. 17. 19. 21. 22. und 23. in der Maaße:

daß er bei der in der Klage erwähnten Gelegenheit dem Kläger nicht versprochen, die ebendaselbst bezeichneten beiden Kisten binnen drei Tagen unbeschädigt und wohlbehalten an die Adressaten abzuliefern, und daß ebensowenig Kläger ein solches Versprechen angenommen habe,

schwören, ingleichen

2) sein exceptivisches Vorbingen Bl. — flg. unter 2., wonach er

A. die beiden fraglichen Kisten dem damals als bewährt geltenden Fuhrmann D. zur Fracht nach Dr. übergeben habe,

B. der Frachtwagen aber, auf welchem die beiden Kisten verpackt gewesen, unterwegs bei dem Dorfe K. bei W. in Brand gerathen und bei dieser Gelegenheit die streitigen Kisten nebst deren Inhalt vernichtet worden, dieser Brand auch lediglich durch Zufall entstanden sei,

binnen sächsischer Frist, Klägerm Gegenbescheinigung, in welcher ihm in Bezug auf die Exception sub B. die Behauptung Bl. —, daß Beklagter sich hierunter eine Fahrlässigkeit zu Schulden gebracht, auszuführen unbenommen bleibt, beiden Theilen Eidesantrag und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, bescheinigen, solchenfalls ergehet ebenso, wie in dem Falle, wenn Beklagter den unter 1. normirten Eid, wie ihm binnen der geordneten Frist freisteht, dem Kläger zurück giebt oder sich zur Gewissensvertretung erbietet, weiter in der Hauptsache, sowie der Kosten halber, was Recht ist."

Gegen diesen Bescheid remedirten beide Parteien, und es erkannte darauf das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig in einem am 21. März 1850 publicirten Erkenntnisse, reformatorisch, wie folgt:

„Dieweil der Kläger, daß er die in der Klage angegebenen zwei Kisten dem Beklagten, als Spediteur, zum Spediren nach Dr. übergeben habe, Bl. — selbst angeführt hat, und daher über die Anwendbarkeit der für das Speditionsgeschäft geltenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall nicht der geringste Zweifel obwalten kann, indem die Bedenken, welche der Kläger Bl. — hiergegen aufgestellt hat,

insgesammt keine rechtliche Beachtung verdienen, wenn man erwägt, daß

a) das in der Klage Bl. — enthaltene Anführen, es habe der Beklagte, wie es der geschlossene Contract erfordert, versprochen, für die nach Ablieferung der Kisten zu zahlenden Frachten beide Kisten binnen drei Tagen unbeschädigt und wohlbehalten an die Adressaten zu liefern, nicht unbedingt auf die Ablieferung in eigener Person zu beziehen ist, sondern ebensowohl von der Vermittelung der Ablieferung durch dritte Personen verstanden werden kann, diese letztere Erklärung aber mit Hinsicht auf das von dem Kläger abgelegte Geständniß, mit dem Beklagten, als Spediteur, über die Spedition der Kisten contrahirt zu haben, offenbar den Vorzug verdient,

b) aus der doppelten Eigenschaft, welche der Beklagte nach dem Bl. — Gesagten insofern bekleidet, als er Verladungs- und Speditionsgeschäfte zugleich betreibt, für den gegenwärtigen Fall keine für den Kläger günstige Folgerung sich ergiebt, weil

aa) auf dieses Moment in der Klage keine Beziehung genommen worden ist,

bb) der Kläger, wie bereits öfters gedacht, mit dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Spediteur contrahirt zu haben eingeräumt hat,

cc) eine solche Vermuthung, wie sie von dem Kläger für sich in Anspruch genommen wird, daß er nämlich mit dem Beklagten denjenigen Vertrag eingegangen sei, welcher ihm, dem Kläger, die meiste Sicherheit gewähre, nicht begründet ist, und daher von der Frage, ob, wenn diese Vermuthung begründet wäre, gerade der Abschluß eines Frachtvertrages daraus gefolgert werden könnte, auf sich beruhen kann;

c) die Annahme der Fracht und Versendung der Waaren Seiten des Beklagten keine solche Thätigkeit enthält, welche außer dem Geschäftskreise eines Spediteurs liegt; endlich

d) die Behauptung Bl. — unter No. —*), auch abgesehen von ihrer materiellen Unerheblichkeit, aus naheliegenden proceßrechtlichen Gründen nicht in Betracht kommen kann;

hiernächst es ein für ähnliche Rechtsverhältnisse schon in dem römischen Rechte anerkannter (man vergl. Hasse, Culpa des römischen Rechts, ed. II. pag. 410 flg.) allgemeiner Grundsatz ist, daß der Spediteur seinen Pflichten durch die Abgabe des Frachtgutes an einen geeigneten Fuhrmann Genüge leistet, namentlich aber für den Schaden, welcher dem Gute durch die Ungeschicklichkeit des Fuhrmanns zugefügt wird, lediglich dann verantwortlich ist, wenn ihm erweislich ein Versehen bei dessen Wahl zur Last fällt, nun aber der Kläger, daß der Beklagte die streitigen zwei Kisten einem Fuhrmanne zu dem Transporte nach Dr. übergeben habe, Bl. — in Verbindung mit Bl. — ausdrücklich zugesteht, auch, wenn man dies in der Replik überhaupt für zulässig halten wollte, gar nicht einmal auf ein Seiten des Beklagten bei der Wahl des Fuhrmannes begangenes Versehen sich bezieht; übrigens der Vollständigkeit wegen nur noch die Bemerkung hier ihren Platz finden mag, daß, wenn selbst der Beklagte als Verlader oder Fuhrmann zu betrachten wäre, die Klage schon durch den gelieferten Nachweis, daß, wie Bl. — angeführt wird, der Wagen, auf welchem die fraglichen zwei Kisten verpackt gewesen, unterwegs bei dem Dorfe K. bei W. in Brand gerathen, und bei dieser Gelegenheit die gedachten Kisten nebst deren Inhalt mit verbrannt seien, sich erledigen würde, indem auch der Fuhrmann für den casus, welcher die ihm zum Transporte übergebenen Güter betrifft, in der Regel nicht zu haften hat, und wenn der Kläger Bl. — dagegen anführt, daß der entstandene Brand seinen Grund in einer bei der Verpackung begangenen Nachlässigkeit habe, dies als eine Replik zu betrachten ist, deren Beweis dem Kläger obliegt; endlich, da dem oben Gesagten zu Folge die Klage angebrachter Maaßen abzuweisen ist, ein näheres Eingehen auf die übrigen, zu gleichem Behufe vorgeschützten Einreden nicht erforderlich erscheint; so ist es bei dem Bl. — befindlichen, am 17. December 1849 publicirten Bescheide auf die Appellation des Beklagten allenthalben nicht zu lassen, sondern es hat des Klägers Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, es ist auch der Kläger dem Beklagten die verursachten Unkosten zu erstatten verbunden."

Auch gegen dieses Erkenntniß wendete der Kläger Appellation ein; es bestätigte jedoch das Königl. Oberappellationsgericht unter Compensation der Kosten das vorige Urthel in einem am 4. December 1850 publicirten Erkenntnisse aus folgenden Gründen:

„Kläger hat fol. — die Person des Beklagten selbst als Spediteur bezeichnet und dabei zugleich

*) Kläger hatte hier angeführt, daß nach Versicherung des dem Wagen beigegebenen Fuhrknechts Beklagter denselben allein verladen und durch den Packer B. habe laden lassen, auch replicando noch bemerkt, daß Beklagter den Gegenständen, die er zur richtigen Ablieferung übernommen, Pulver und andere selbstentzündliche Stoffe beigepackt habe, und der Wagen, ohne daß ihm ein anderer brennender oder zündender Gegenstand zu nahe gebracht worden sei, auf offener Straße in Brand gerathen sei.

angeführt, daß er Beklagtem die zwei Kisten übergeben, um sie nach Dr. zu spediren. Ist das Wort „Spediteur" und der Ausdruck „Spediren" auch vielleicht, was man dahingestellt sein lassen kann, in der Sächsischen Gesetzgebung nicht definirt, so sind doch beide Worte allgemein bekannte termini und bezeichnen nach allgemeinem Sprachgebrauch nach allseitigem Einverständnisse eine, zumal auf Handelsplätzen wie L. jedermann bekannte, Gattung kaufmännischer Etablissements, die sich mit Vermittelung für den Transport von Waaren befassen, und die unter allen Umständen nicht mit den Frachtfahrern selbst zu verwechseln sind. In dieser Ansicht muß man der vorigen Instanz beipflichten. Da nun Kläger selbst nichts Anderes angeführt hat, als daß er die Kisten zum Spediren übergeben, die Klage übrigens gar keine bestimmten Angaben enthält, woraus man abnehmen könnte, daß Beklagter außer den bekannten Functionen als Spediteur noch andere besondere Leistungen übernommen, womit er namentlich zu Klägern in das Verhältniß des bloßen Frachtfahrers oder Fuhrmanns getreten, was natürlich daraus nicht abzunehmen ist, daß unter den Parteien über ein Frachtlohn verhandelt worden und auch nicht darum statuirt werden kann, daß Beklagter ein Versprechen, die Kisten in drei Tagen unbeschädigt und wohlbehalten an die Adressaten zu liefern, zugesagt, so erscheint das Erkenntniß der vorigen Instanz durch die demselben beigegebenen Entscheidungsgründe vollständig gerechtfertiget, und wird die hier verfügte Compensation der Kosten des Remedii keinem Bedenken unterliegen, da die Erkenntnisse gewechselt."

## 4.

**Beweis des eheweiblichen Einbringens im Concurse durch ehemännliches Schuldbekenntniß. — Steht der Wittwe das Recht, wegen ihres Einbringens die Eintragung an den Immobilien des Ehemannes zu verlangen, auch nach dessen Tode gegen seine Erben zu?**

Mitgetheilt von

Herrn **St.** in D.

Da die den nachstehenden, in dem vor dem Königl. Stadtgericht zu Dresden anhängigen Creditwesen Ernst Wilhelm Z.'s gegebenen Entscheidungen zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse aus den Erkenntnissen selbst hervorgehen, so läßt man dieselben hiermit unmittelbar folgen:

Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu D. vom 3. September 1852.

„Daß das Bekenntniß eines Ehemannes über das von seiner Ehefrau ihm eingebrachte Vermögen für sich allein nicht ausreiche, um den Beweis des Einbringens in einem nachher entstandenen Concurse den Gläubigern des Ehemannes gegenüber zu führen, ist ein als Regel im Gerichtsbrauche, der sächsischen Gerichtshöfe namentlich, festgehaltener Grundsatz.

vergl. Carpzov, P. I. c. 28. def. 73.

Leyser, med. ad Pand., Vol. V. sp. 320. med. 1 — 4.

Berger, Oec. jur., ed. Winckler, lib. 1. tit. 3. th. 10.

Hommel, Rhaps., obs. 425.

Curtius, Handb. des Sächs. Civilrechts, Th. I. §. 122.

Hänsel, Bemerkungen und Excurse, Thl. I. S. 190.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwalt. N. F. Bd. IV. S. 201. 202.

Wochenblatt für merkw. Rechtsf., Jahrg. 1841. S. 125 ff. Jahrg. 1846. S. 390.

Es stützt sich dieser Satz, wenn schon nicht gerade auf ausdrückliche Gesetzvorschriften, doch auf analoge Bestimmungen über die Unglaubwürdigkeit der Ehegatten als Zeugen für einander und auf die aus der Natur der Sache sich ergebende Betrachtung, daß der Gemeinschuldner den Verdacht der Parteilichkeit für seine Ehefrau gegen sich hat, und daß er wegen des ihm zustehenden ehemännlichen Nießbrauchrechtes ein wesentliches Interesse hat, gegen seine Gläubiger zu seinem Vortheil das Einbringen seiner Ehefrau höher, als in Wahrheit geschehen, anzugeben oder ein solches ganz zu simuliren. Indessen machen die Rechtslehrer selbst zahlreiche Ausnahmen von der obigen Regel. Alle stimmen darin überein, daß, wenn das Bekenntniß des Ehemanns durch andere Umstände unterstützt werde, es zu der Zuerkennung eines Erfüllungseides für die Ehefrau führen könne. Die Meisten gehen aber auch noch weiter und nehmen an, daß nicht blos durch Hinzutritt von Zeugenaussagen oder anderen direct beweisenden Urkunden, sondern auch schon durch unterstützende Vermuthungen selbst ein voller Beweis des Einbringens hergestellt werden könne.

vergl. Carpzov, l. c. def. 78.

Leyser, med. 7. 8. 9. 10. l. c.

Ludovici, Diss. de probat. illat. dotis, §. 28.

Feder, Diss. de prob. illat. dotis, §. 22. p. 27.

Curtius, Handbuch, Th. I. §. 122. (im Texte des §.)

Dabelow, Lehre vom Conc. der Gläub., S. 618. not. o. 1ste Ausg.

Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. XXVII. S. 341.

Namentlich bemerken die zuletzt angezogenen Rechtslehrer, Dabelow und Glück, daß, wenn das Bekenntniß zu einer Zeit abgelegt worden, wo der Ehemann noch völlig zahlungsfähig war, und wenn daſſelbe durch Angabe und Conſtatirung von Verhältniſſen unterſtützt werde, welche deſſen Wahrheit begründen, demſelben auch im Concurſe des Ehemannes volle Beweiskraft beizulegen ſei, und es ſtellt ſich dieſe Anſicht den Gründen, weshalb man nach Obigen das Schuldbekenntniß des Ehemanns, abweichend von den gewöhnlichen Grundſätzen über die Beweiskraft der Schuldverſchreibung eines Gemeinſchuldners im Concurſe, an ſich für beweisunkräftig erachtet, als entſprechend dar.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Anlangend die Rangordnung, in welcher die Liquidantin mit ihrem nachgewieſenen Einbringen im gegenwärtigen Creditweſen zu lociren iſt, ſo gebührt ihr unſtreitig wegen Capitals und Zinſen das in dem Mandate, „die Aufhebung der ſtillſchweigenden Hypotheken ꝛc. betr.", vom 4. Juni 1829. §. 14. geordnete perſönliche Vorzugsrecht vor den chirographariſchen Gläubigern, da ſeit dem Tode ihres Ehemannes bis zu Eröffnung des Concurſes die im gedachten Geſetze vorgeſchriebene zweijährige Friſt noch nicht verfloſſen iſt.

Dagegen hat ihr das im Liquidationsverfahren und im Beweiſe auf Grund der laut Recognitionsſcheines (Beweisurkunde — Bl. —) vom — erfolgten Eintragung ihres Einbringens nach Höhe von — auf dem Folium der zum Nachlaſſe ihres Ehemannes gehörigen Immobilien im Grund- und Hypothekenbuche beanſpruchte hypothekariſche Vorzugsrecht nicht zugeſtanden werden mögen. Es gründet ſich dieſer Eintrag nicht auf einen Privatrechtstitel, ſondern auf den im §. 38. des Geſetzes vom 6. November 1843 (in Uebereinſtimmung mit §. 25. f. des Mandats vom 4. Juni 1829) angeordneten geſetzlichen Rechtstitel. Die Vorſchrift in §. 46. des Geſetzes vom 6. November 1843, wornach, wenn eine an ſich richtige Forderung einmal in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden iſt, die Eintragung und die dadurch für den Gläubiger erlangte Hypothek von andern Gläubigern aus dem Grunde, weil hypothekariſche Sicherheit wegen jener Forderung nicht angelobt, oder letztwillig angeordnet geweſen, in keinem Falle angefochten werden kann, kommt alſo hier nicht zur Anwendung. Denn ſie bezieht ſich, wie der Zuſammenhang dieſes Paragraphen mit §§. 44. und 45. und die gemeinſchaftliche Ueberſchrift lehrt, auch aus den Vorſchriften der §§. 42. und 43. hervorgeht, nur auf ſolche Hypotheken, welche auf Privatwillenserklärungen ſich gründen.

Zur Rechtsbeſtändigkeit einer auf Grund geſetzlichen Rechtstitels eingetragenen Hypothek gehört, daß die geſetzlichen Bedingungen für einen ſolchen Eintrag vorhanden waren. Dies iſt aber hier nicht der Fall. Denn der Eintrag des Einbringens der verw. Z. iſt, wie aus dieſem Eintrage (vergl. Bl. — Act. —) ſelbſt hervorgeht und daraus, ſowie aus den Acten mit Liquidität ſich ergiebt, erſt nach getrennter Ehe, nach dem Tode ihres Ehemannes erfolgt. Das Geſetz (vergl. §. 38. unter 1. des Geſetzes vom 6. November 1843) giebt aber nur der Ehefrau an den Immobilien des Ehemannes wegen ihres Einbringens das Recht, die Eintragung zu verlangen. Wenn einige Schriftſteller

vergl. Heyne, Commentar z. d. Geſ. v. 6. Novbr. 1843, Thl. I. S. 215.

Hänſel, in Curtius' Handbuch, Thl. II. Abth. III. §. 1076. not. 1. §. 1077. 4te Ausg.

die Meinung äußern, daß dieſes Recht der Wittwe auch gegen die Erben des Ehemannes noch zuſtehe, ſo iſt dies offenbar den Worten des Geſetzes zuwider. Denn dieſes räumt eben nur der Ehefrau gegen den Ehemann, alſo auf die Dauer der Ehe, jenes ſinguläre Recht ein. Eine ausdehnende Erklärung des Geſetzes würde, da es ſich hier um ein Privilegium handelt, was an ſich ſtrict zu interpretiren iſt, unſtatthaft ſein, um ſo mehr, als die ratio des Geſetzes dagegen ſpricht, welche darin beſteht, daß der Ehefrau die Möglichkeit einer Sicherſtellung ihres Einbringens für den zu befürchtenden Nahrungsabfall des Ehemannes gewährt werden ſolle, während ſie, ſo lange die Ehe beſteht, der Regel nach nicht berechtigt iſt, gleich andern Gläubigern ihr Einbringen zurückzufordern und ſich dadurch vor Verluſten zu decken. Dieſer Grund fällt aber weg, wenn die Ehe getrennt iſt und damit das Rückforderungsrecht ſelbſt begründet iſt. Die einjährige Reſtitutionsfriſt für gewiſſe Dotalgegenſtände kann hiergegen nicht in Betracht kommen. Ihre praktiſche Gültigkeit iſt an ſich ſehr beſtritten, und jedenfalls läßt ſich nicht nachweiſen, daß der Geſetzgeber bei obiger Vorſchrift an ſie gedacht und deshalb das fragliche Befugniß auch nach getrennter Ehe habe fortbeſtehen laſſen wollen. Beiläufig mag aber noch bemerkt werden, daß er dies auch nicht nöthig hatte, weil ſchon das Römiſche Recht in dieſem Falle der Ehefrau das Recht einräumt, innerhalb jenes Jahres Sicherſtellung ihres Einbringens

zu verlangen, oder, wenn sie nicht geleistet wird, dasselbe sofort zurückzufordern.

fr. 24. §. 2. D. sol. matr. (XXIV, 3.)

c. un. §. 16. C. de rei uxor. act. (V, 13.)

Heyne, in der Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. IV. S. 104.

Das Unhaltbare jener Meinung leuchtet auch um so mehr ein, wenn man erwägt, daß, nähme man an, der Gesetzgeber habe das Befugniß zur Eintragung auch nach getrennter Ehe noch fortbestehen lassen wollen, alsdann eine wesentliche Lücke in dem Gesetze enthalten sein würde. Denn es fehlte ganz an einer Zeitbeschränkung für dieses Recht. Die in §§. 20. und 21. des Mandates vom 4. Juni 1829 geordnete zweijährige Frist bezieht sich lediglich auf das davon ganz verschiedene persönliche Vorzugsrecht der Ehefrau im Concurse, und das Gesetz vom 6. November 1843 setzt ebenfalls für die Ausübung des im §. 38. bestimmten Rechts auf Eintragung keine Frist fest.

Man müßte also annehmen, der Gesetzgeber habe dieses Befugniß der gewöhnlichen Extinctivverjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen unterwerfen wollen, was offenbar unpassend sein und zu unerhörten Belästigungen der Betheiligten bei der praktischen Durchführung gereichen würde.

Somit ist der gedachte Eintrag, weil es an dem gesetzlichen Rechtstitel fehlte, auf dessen Grund er erfolgen sollte, für ungültig zu achten und vermag der Liquidantin im Concurse ihres Ehemannes das Recht auf prioritätische Befriedigung aus dem Erlöse der Immobilien nicht zu gewähren. Daß die betheiligten Gläubiger im Verfahren die Rechtsbeständigkeit jenes Eintrags nicht besonders angefochten haben, vermag in der Sache nichts zu ändern. Denn daß jener Eintrag von Anfang an rechtlich unwirksam war, ergiebt sich aus den von der Liquidantin selbst beigebrachten Urkunden, und diese Richtigkeit hat bei Abfassung des Locationsurthels, welches über die Forderung der Liquidantin, da sie früher nicht eventuell locirt worden, jetzt erst zu sprechen ist, der erkennende Richter ex officio zu beachten.

Auf eine ausdrückliche Genehmigung jener Eintragung ihres Einbringens auf des verstorbenen Z.'s Immobilien Seiten der Erben, wodurch ihr allenfalls der Charakter einer durch Privatwillenserklärung bestellten Hypothek beigelegt worden sein könnte, hat sich Liquidantin nicht bezogen und es findet sich auch in den Nachlaßacten eine solche Erklärung nicht vor. Die Erben haben vielmehr dazu nur stillgeschwiegen (vergl. Bl. —).

Liquidantin war daher, wie im vorstehenden Erkenntnisse geschehen, mit der nachgewiesenen Summe von —, zwischen der —ten und —ten Classe des Locationsbescheides, mit dem Vorzuge vor den gemeinen Gläubigern zu lociren."

Das Königl. Oberappellationsgericht legte in einem Erkenntnisse vom 5. April 1853 der beim vorliegenden Falle concurrirenden Urkunde, ohne im Uebrigen auf die obige, im Allgemeinen aufgeworfene Frage näher einzugehen, nach ihrem speciellen Inhalt eine höhere Beweiskraft bei, als dies in der vorigen Instanz geschehen war, und reformirte daher hiernach, sowie aus einigen andern, hier nicht weiter zu erwähnenden Gründen deren Entscheidung, bestätigte jedoch solche bezüglich der zweiten Frage und bemerkte hierzu noch Folgendes:

„Anlangend die Frage, inwieweit der Liquidantin wegen ihres Einbringens ein Recht auf prioritätische Location zukomme, so hat die vorige Instanz Bl. — angenommen, daß die Liquidantin zwar wegen Capitales und Zinsen das in dem Mandate, die Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken u. s. w. betreffend, vom 4. Juni 1829. §. 14. geordnete persönliche Vorzugsrecht vor den chirographarischen Gläubigern gebühre, dagegen aber derselben auf Grund der laut des als Beweisurkunde Bl. — gebrauchten Recognitionsscheines am — erfolgten Eintragung ihres Einbringens nach Höhe von — auf dem Folium der zum Nachlasse ihres Ehemannes gehörigen Immobilien im Grund- und Hypothekenbuche ein hypothekarisches Vorzugsrecht nicht zugestanden werden könne. Dieser Ansicht ist man in gegenwärtiger Instanz beigetreten, und zwar im Wesentlichen aus den von der vorigen Instanz dafür angegebenen Gründen, welchen man lediglich folgende Bemerkungen beizufügen hat:

Will man auch von der Frage, ob, wenn ein Grundstücksbesitzer gestorben ist und die Erben desselben noch nicht als Eigenthümer des hinterlassenen Grundstückes eingetragen sind, wegen Schulden, welche der Verstorbene gehabt hat, ein Eintrag hypothekarischer Rechte in dem Grund- und Hypothekenbuche überhaupt gültig erfolgen könne, absehen, so beruht doch wenigstens soviel außer allem Zweifel, daß ein solcher Eintrag wenigstens wegen des eheweiblichen Vermögens, welches der Verstorbene in seinen Händen gehabt hat, unzulässig ist. Denn, wie sich daraus ergiebt, daß in den hierher gehörigen Gesetzen, namentlich in dem obenerwähnten Mandate vom 4. Juni 1829. §. 25. ff. und in dem Hypothekengesetze vom 6. November

1843. §. 38. sub No. 1. nur von Ehefrauen, als den zu einem Antrage auf Sicherstellung ihres Vermögens berechtigten Personen und von Immobilien des Ehemannes die Rede ist, besteht das Recht der Ehefrau, an den Immobilien ihres Ehemannes wegen ihres dem Letzteren bei Eingehung der Ehe oder während der Ehe zugebrachten Vermögens durch die Eintragung in dem Grund- und Hypothekenrechte eine Hypothek zu erwerben, lediglich während der Dauer der Ehe selbst. Es kann daher dieses Recht nicht mehr ausgeübt werden, wenn die Ehe, sei es durch den Tod des Ehemannes, sei es durch Scheidung, aufgelöst worden ist. Vorzüglich entscheidend aber ist der Umstand, daß, wenn man der Ehefrau gestatten wollte, ihr Einbringen auch noch nach Auflösung der Ehe auf die Grundstücke ihres geschiedenen oder verstorbenen Ehemannes eintragen zu lassen, dies insofern einen Widerspruch in sich enthalten würde, als man der Ehefrau das Befugniß gäbe, neue Rechte wegen ihres Einbringens zu erwerben zu einer Zeit, wo den Gesetzen zufolge die Zurückgabe des Einbringens zu bewirken ist.

Endlich besteht nicht nur kein praktisches Bedürfniß, das Recht der Ehefrau, ihr Einbringen durch den Eintrag auf die Grundstücke ihres Ehemannes sicher stellen zu lassen, auch über die Dauer der Ehe hinaus auszudehnen, sondern es würde auch sogar eine solche Ausdehnung, wie die vorige Instanz bereits bemerkt hat, zu verschiedenen Unzuträglichkeiten führen."

---

## 5.

**Der bloße Antrag auf Abhörung von Zeugen kann bei beabsichtigter Protestation gegen Veräußerung und Weiterverpfändung eines Grundbesitzthums, wenn der Impetrant eine Gefährdung seiner Forderung und daß insonderheit die Vermögensverhältnisse des Impetraten sich verschlimmert hätten, nicht nachgewiesen hat, seine Forderung zur Zeit auch ganz unbescheinigt ist, die Stelle der Bescheinigung nicht vertreten *).**

Mitgetheilt von

Herrn Actuar v. M. in Wechselburg.

Der Gutsbesitzer Carl Gottlob F. in H. zeigte am 25. Juni 1853 bei dem Justizamte zu W. schriftlich an, daß er am 19. desselben Monats mit dem Gutsbesitzer Christian Gottfried S. in S. über das in seinem, des F., Civilbesitze befindliche, zu H. gelegene, circa 21 Acker haltende Gut sammt mehreren besonders aufgezeichneten Inventarienstücken in Gegenwart der Herren

N. N. } aus N.
N. N. }
N. N. aus N.
N. N. aus N.

einen Kaufcontract abgeschlossen habe, laut dessen S. sein, des F., besagtes Immobiliar ꝛc. um und für

5525 Thlr. —ˢ —ˢ

erkauft und den zwischen ihm und jenem diesfalls vereinbarten contractlichen Bestimmungen gemäß sich verpflichtet habe, diese Kaufssumme dergestalt zu berichtigen, daß er

2000 Thlr. —ˢ —ˢ Hypothekenschuld in der Maaße, wie solche auf seinem Immobiliare für Herrn N. N. in N. bereits hafte, übernehmen,

525 Thlr. —ˢ —ˢ den 23. Juni 1853, als dem zwischen ihnen verabredeten Tage, der Fertigung des Kaufaufsatzes an ihn baar bezahlen, und

3000 Thlr. —ˢ —ˢ bei der auf den 4. Juli 1853 festgesetzten Uebergabe des Grundstückes und Vortragung des Kaufes an ihn zur Erfüllung der Kaufsumme baar und in unzertrennter Summe berichtigen solle und wolle.

Allein S. habe, wiewohl er, Impetrant, seinerseits den Kaufcontract, insoweit es ihm obliege, zu erfüllen, stets bereit gewesen und noch bereit sei, seinen diesfallsigen Verbindlichkeiten nicht Genüge geleistet, habe ihm vielmehr am 23. Januar anstatt die verabredete Anzahlung im Betrage von 525 Thlrn. —ˢ —ˢ (siehe oben die zweite Post) an ihn zu leisten, eine Zahlung von nur 200 Thlrn. —ˢ —ˢ angeboten; er habe diese natürlich ausgeschlagen und werde ungesäumt gegen S. auf gehörige Erfüllung des Kaufs Klage erheben. Allein er müsse befürchten, die ihm durch S.'s Grundbesitzthum gebotene Sicherheit, die einzige Garantie, auf die er wegen der ihm an S. nach Obigem zustehenden sehr bedeutenden Forderungen rechnen könne, einzubüßen, da S., wie er aus zuverlässiger Quelle erfahren, sein zu S. gelegenes Gut sammt Zubehör um die Kaufsumme von circa 4000 Thlrn. —ˢ —ˢ verkauft, seinem Käufer bereits übergeben habe und nur einen Theil der Kaufsumme, welcher jedoch Seiten des Käufers schon zu Michaelis 1853 an S. aus-

*) S. dieses Wochenbl. Jahrg. 1853. S. 407 flg.

gezahlt werden solle, auf seinem Gute stehen lassen wolle.

Da unter diesen Umständen nicht nur die Existenz der ihm an S. zustehenden Ansprüche — er trage deshalb auf Abhörung der obenbenannten vier Zeugen hiermit an —, sondern auch die Gefahr des Verlustes ernannter Forderungen zur Genüge bescheinigt sei, so wolle er hiermit, so lange er von S. seiner erwähnten Ansprüche halber nicht vollständig befriedigt sei, gegen Veräußerung und Weiterverpfändung des dem S. zugehörigen, in S. gelegenen Grundbesitzthums

protestiren,

mit dem Antrage:

diese Protestation im Grund- und Hypothekenbuche für S. gehörigen Orts einzutragen und ihm vorschriftsmäßige Notiz davon zu ertheilen. —

Gleichzeitig wolle er aber auch, falls man seinem Antrage zu entsprechen Bedenken tragen sollte, gegen eine abfällige Resolution auf seinen Protestationsantrag

appelliren

und auf seine Berufung Bericht zu erstatten bitten.

Das Justizamt zu W. resolvirte nun auf die von F. eingereichte Protestation und Eventualappellation folgender Maaßen:

„Da der Gutsbesitzer N. N. eine Gefährdung und, daß insonderheit seit Abschluß des Handels mit dem Gutsbesitzer N. N. dessen Vermögensverhältnisse sich verschlimmert hätten, nicht nachgewiesen hat und auch seine Forderung zur Zeit ganz unbescheinigt ist, indem der bloße Antrag auf Abhörung von Zeugen die Stelle der Bescheinigung nicht vertreten kann, so ist der Protestation des N. N. gegen Veräußerung und Weiterverpfändung des N. gehörigen Grundbesitzthums in S. nicht Statt zu geben ꝛc."

Dies wurde dem Antragsteller mit dem Eröffnen bekannt gemacht, daß auf die für diesen Fall von ihm eingewendete Appellation, dafern er sie nicht binnen acht Tagen zurückgenommen haben sollte, sofort nach Ablauf dieser Frist zur vorgesetzten Behörde werde Bericht erstattet werden. —

Die gedachte Eventualappellation wurde übrigens im Grund- und Hypothekenbuche gehörigen Orts verlautbart.

Da nun F. seine Appellation innerhalb der ihm dazu gestellten Frist nicht zurückgenommen hatte, so wurde darauf zur vorgesetzten Behörde Bericht erstattet, und das Königliche Appellationsgericht zu L. verordnete unter dem 26. Juli 1853 wie folgt:

„Das Königliche Appellationsgericht zu L. hat auf den von dem Justizamte zu W. unter dem 15. vorigen Monats erstatteten Bericht die von Carl Gottlob F. gegen Veräußerung und Weiterverpfändung des Christian Gottfried S. zugehörigen, in S. gelegenen Grundbesitzthums Bl. — eingewendete Appellation, da eines Theiles die geltend gemachten Ansprüche als ausreichend bescheinigt nicht anzusehen, und die desfalls beantragte Befragung von Zeugen mit Recht von dem Gericht abgelehnt worden, immaaßen nach dem Dafürhalten des Königlichen Appellationsgerichtes durch eine einseitig außerhalb des Processes und ohne Gehör des Gegners vorgenommene Abhörung nicht nur die Parteirechte verletzt werden würden, sondern auch sehr leicht bei einem künftigen Processe mehrfache Inconvenienzen entstehen könnten, anderen Theiles es an dem zugleich nöthigen Nachweise der Gefährdung der Ansprüche um so mehr ermangelt, als bei einer Nichterfüllung des Kaufcontractes Seiten S.'s nur Schädenansprüche in Frage kommen würden, an deren Quantificirung es gänzlich gebricht, verworfen, und verordnet demnach, Appellanten mit der ergriffenen Berufung abzuweisen."

## Miscellen.

**Orden.** Se. Majestät der König haben allergnädigst geruhet, dem Bundestags-Gesandten, Wirklichen Geheimen Rath von Nostitz und Jänckendorf das Großkreuz, dem außerordentlichen Gesandten und bevollmächtigten Minister am Königlich Preußischen und Königlich Hannöverschen Hofe, Wirklichen Geheimen Rath und Kammerherrn Grafen von Hohenthal, das Comthurkreuz I. Classe und dem Minister-Residenten am Königlich Bayerischen und Königlich Württembergischen Hofe, Legationsrath von Bose, das Ritterkreuz des Verdienst-Ordens zu verleihen.

Se. Majestät der König haben dem vormaligen Bürgermeister der Stadt Leipzig, Geheimen Justizrath a. D. Dr. Johann Karl Groß, Ritter des Verdienst-Ordens, das Comthurkreuz II. Classe dieses Ordens zu verleihen allergnädigst geruhet.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 3.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


### 6.

### Ueber die Auslegung von §. 41. der mittelst Allerh. Decrets vom 12. März 1839. bestätigten Statuten der Leipziger Bank.

Mitgetheilt von
Herrn —e in —n.

In §. 41. der Statuten der Leipziger Bank, welche bekanntlich von einem in Leipzig zusammengetretenen provisorischen Bankcomité entworfen und nach erlangter Allerhöchster Bestätigung in dem Gesetz- und Verordnungsblatte für das Königreich Sachsen (Jahrg. 1839. Seite 56 flg.) veröffentlicht worden, ist wörtlich Folgendes enthalten:

„Wenn es die Bank für nöthig findet, kann sie ihre sämmtlichen Noten und Bankcassenscheine mittelst öffentlicher Bekanntmachung (§. 9.), unter Bestimmung einer präclusiven Frist von wenigstens 6 Monaten, einrufen, und gegen neue, von den alten sich deutlich unterscheidende, ohne allen Aufenthalt unentgeldlich umtauschen."

Von dieser Bestimmung machte die Leipziger Bank im Jahre 1851 Gebrauch. Sie erließ deshalb einen in den §. 9. der Statuten bezeichneten öffentlichen Blättern bekannt gemachten Aufruf folgenden Inhalts:

„Leipziger Bank.

Wir finden uns veranlaßt, von den von uns ausgegebenen Banknoten diejenigen Appoints auf

20 Thaler im 14-Thaler-Fuß lautend,

welche noch nicht mit der guilochirten Vignette auf der Rückseite versehen sind, hiermit einzurufen.

Indem wir zum ungesäumten Umtausch dieser Gattung Banknoten à 20 Thaler, welche jene erwähnte Vignette auf der Rückseite nicht haben, hiermit auffordern, bemerken wir nur noch, daß nach §. 41. unserer Statuten nach Ablauf von 6 Monaten, somit

Ende Februar 1852,

die oben bezeichneten Banknoten à 20 Thaler, welche bis dahin nicht zur Einwechselung gekommen, für präcludirt erachtet werden.

Leipzig, den 25. August 1851.

Die Leipziger Bank.

Heinr. Poppe, Vorsitzender. Friedr. Hermann, Vollziehender."

Im April 1852 stellte nun Dr. M. zu L. bei dem Stadtgericht zu Leipzig gegen die Bank eine Klage an, in welcher er anführte, daß er am 2. April 1852 der Bank zwölf Stück Banknoten à 20 Thaler zur Einlösung gegen baares Geld präsentirt, daß jedoch die Bank sich deren unter Bezugnahme auf den obigen Erlaß geweigert habe. Diese Weigerung geschehe offenbar mit Unrecht, weil die Bank nach §. 38. ihres Statuts die Pflicht habe, ihre Banknoten auf Verlangen sofort gegen baare Zahlung umzutauschen, was überdies auch in den fraglichen Banknoten selbst ausdrücklich versprochen sei, und weil §. 41. des Statuts der Bank höchstens gegen ein Verlangen des Umtausches gegen neue Banknoten von gleichem Betrage, keineswegs aber gegen das Verlangen baarer Zahlung zu statten kommen könne. Er beantrage demnach, die Bank zur Zahlung des Betrages der qu. zwölf Stück Banknoten gegen deren Zurückgabe, nebst Verzugszinsen von Zeit erhobener Klage zu verurtheilen. —

Die Bank wendete dagegen ein, daß die betreffenden Banknoten eben solche seien, welche von ihr mittelst der vorgedachten öffentlichen Bekanntmachung eingerufen worden, und daß sie nunmehr, nachdem der Präclusivtermin abgelaufen, zu deren Einlösung gegen baares Geld nicht mehr verpflichtet sei, indem §. 41. des Bankstatuts, wenn die darin getroffene Bestimmung überhaupt eine dem Wesen und dem Zwecke des Bankinstituts entsprechende sein solle, nur so verstanden werden dürfe, daß danach die sämmtlichen, innerhalb der für die Eintauschung gesetzten Frist nicht präsentirten Noten nach Ablauf dieser Frist als ungültig und werthlos anzusehen, zum wenigsten die Bank nicht für verpflichtet zu halten, dieselben durch baare Bezahlung des Betrags oder durch Einwechselung gegen neue Papiere als noch gültig anzuerkennen.

Diese Interpretation wurde jedoch in dem hierauf ergangenen Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Leipzig nicht gebilligt, vielmehr die Bank der Klagbitte gemäß verurtheilt, die in der Klage gedachten zwölf Stück Banknoten à 20 Thaler gegen baare Zahlung umzutauschen, und daher dem Kläger gegen Zurückgabe dieser zwölf Stück Banknoten die Summe von 240 Thalern nebst Zinsen des Verzugs von erhobener Klage an zu bezahlen, demselben auch die verursachten Proceßkosten zu erstatten.

Diese Entscheidung ist auch auf die von dem Bankdirectorio dagegen eingewendeten Rechtsmittel sowohl von dem Appellationsgerichte zu Leipzig in zweiter, als auch bezüglich der Hauptsache von dem Oberappellationsgerichte in dritter Instanz bestätigt und von dem Oberappellationsgerichte nur in Betreff des Kostenpunktes zu Gunsten der Beklagten reformatorisch — auf Compensation derselben — gesprochen worden.

Die Gründe dieser Entscheidungen werden für das juristische Publikum von Interesse sein und daher nachstehend mitgetheilt.

I. Entscheidungsgründe zum Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Leipzig.

„Bei Entscheidung der gegenwärtigen Rechtssache hat man nur der Ansicht des Klägers beitreten können, und es haben hierzu, außer den sol. — aufgestellten Gründen, noch folgende Erwägungen geführt:

Beklagte hat bei Auslegung der §. 41. den wichtigen Umstand außer Acht gelassen, daß nach §. 9. der Statuten von 1839, auf welche sich §. 41. stützt, die Beklagte öffentliche Aufforderungen, Einladungen und Bekanntmachungen rechtsverbindlich überhaupt nur an ihre Actionäre erlassen darf, und daß nur gegen diese der Eintritt der nach Maaßgabe der Statuten mit den Aufforderungen verknüpften Rechtswirkungen begründet wird. Eine solche Bestimmung ist dem eigentlichen statutarischen Rechte ganz angemessen, und es wird hiernach der Sinn, den Kläger der §. 41. beilegt, völlig harmonisch. Der Gesetzgeber hat bei Bestätigung der Statuten in den Worten der §. 41. der Beklagten das exorbitante Recht, ihren Contractsgläubigern zu Geltendmachung der diesen gegen sie zustehenden Rechte eine präclusive Frist zu bestimmen, gar nicht ertheilen wollen, weil er ihr im §. 9. überhaupt nur das Recht gegeben hatte, an die zur Erwerbsgesellschaft gehörigen Individuen (die Actionäre) Aufforderungen mit rechtlicher Wirkung zu erlassen. Das §. 41. gedachte Recht, die Inhaber von Banknoten, also auch außer der Gesellschaft stehende Individuen, zum Umtausche der Noten gegen andere Noten mit Bestimmung einer Präclusivfrist aufzufordern, stand der Gesellschaft an sich schon zu; denn die damit zu verbindende Präclusive enthält nichts weiter, als das Zurückziehen der offerirten Gegenleistung, das Aufhören des Umtausches neuer Noten gegen die alten. Jeder Schuldner kann nach privatrechtlichen Grundsätzen seinem Gläubiger dergleichen machen und zugleich eine Präclusivfrist für die Annahme bestimmen. Daß hingegen der Gesetzgeber da, wo es sich um wirklichen Verlust von Privatrechten handelt, einen weit größern Schutz dieser Rechte für nöthig geachtet habe, geht aus den Bestimmungen klar hervor, welche §. 115. der Statuten für den Fall der Auflösung der Bank getroffen sind. In diesem Falle sind die Inhaber von Banknoten zum Umtausche derselben gegen baares Geld binnen einer Präclusivfrist aufzufordern, und obschon sich bei einer öffentlichen Bekanntmachung der Auflösung der Bank jeder Noteninhaber selbst sagen kann, daß die Noten nun wohl aufhören müssen, statt baaren Geldes zu circuliren, so verliert er sein Recht doch nicht, wenn er binnen der Präclusivfrist die Noten nicht zum Umtausche gegen baares Geld umtauscht; vielmehr ist der Geldbetrag der nicht präsentirten Noten gerichtlich niederzulegen, und nun erst wird eine förmliche Edictalladung der Inhaber der fraglichen Noten, und zwar bei Verlust ihrer Ansprüche, erlassen.

Daß die Sächsische Gesetzgebung in ähnlichen Fällen die Privatrechte stets möglichst sicher gestellt und sie nicht der Willkür und schwankenden Bestimmungen überlassen hat, ergiebt sich deutlich aus denjenigen Anordnungen, welche bei Ausgebung neuer Cassenbillets und Einziehung der ältern in Sachsen getroffen worden sind. Als im Jahre 1819 die früher in Circulation gesetzten Cassenbillets ein-

gezogen werden sollten, wurde vom Gesetzgeber bereits unter dem 1. October 1818 ein besonderes Edict erlassen (Gesetzsammlung von 1818. S. 95 flg.) und in demselben eine vom 1. Juli 1819 bis 30. Juni 1820 dauernde Frist zur Auswechselung bestimmt, und zwar dergestalt, daß die Auswechselung der alten bei Verlust derselben zu erfolgen hatte, indem diese nach Ablauf dieser Frist nicht weiter gültig sein sollten; der Gesetzgeber behielt sich sogar vor, in einzelnen Fällen auch nach Ablauf der Präclusivfrist Ausnahmen eintreten zu lassen, und es mußte das Edict, folglich auch die Androhung des Verlustes, und der Eintritt der Ungültigkeit, außer in der Gesetzsammlung, auch noch in inländischen und ausländischen Blättern bekannt gemacht werden. Eben so wurde, als nach Eintritt des 14-Thaler-Münzfußes die Cassenbillets von 1818 in dergleichen nach neuer Währung umgewandelt werden sollten, das Königl. Finanzministerium durch ein besonderes mit den Ständen vereinbartes Gesetz vom 16. April 1840 zu Anberaumung einer zwölfmonatlichen Frist behufs der Umtauschung der ältern Cassenbillets gegen neue dergleichen oder gegen baares Geld, und nach Ablauf dieser Frist zu Anordnung einer anderweiten Präclusivfrist, nach welcher die nicht präsentirten Billets für völlig werthlos geachtet werden sollten, autorisirt; die zwölfmonatliche Frist wurde erst mittelst Verordnung vom 15. September 1842 für die Zeit vom 1. Januar bis 31. December 1843 festgesetzt, und durch Verordnung vom 9. November 1843 wurde bestimmt, daß der Umtausch bis 1. März 1844 stattfinden, von da aber die ältern Billets als völlig werthlos betrachtet werden sollten, auch wurden zu Bekanntmachung dieser Präclusivfrist in öffentlichen Provinzial- und Localblättern die betreffenden Behörden und Obrigkeiten besonders ermächtigt.

Sollte nun bei einer so ängstlichen Ueberwachung der Privatrechte rücksichtlich des vom Staate ausgegebenen Papiergeldes der Gesetzgeber dieselben Rechte einer so formlosen Bestimmung, wie sie §. 41. der Bankstatuten enthält, haben preis geben und mit den gebrauchten Worten den Sinn haben verbinden wollen, den die Beklagte damit verbindet?

Daß er dies nicht gewollt habe, geht auch noch aus einer spätern gesetzlichen Bestimmung hervor. Als nämlich der landständischen Hypothekenbank für das Markgrafthum Oberlausitz, außer andern Privilegien, auch das Recht, Banknoten statt baaren Geldes auszugeben, mittelst Decrets vom 17. April 1850 verliehen wurde, wurde ihr zugleich das Recht ertheilt, auch während ihres Fortbestehens sowohl sämmtliche Noten, als auch einzelne Serien derselben wieder einzuziehen; auch hier wurde eine Präclusivfrist von 6 Monaten festgesetzt; es wurde aber §. 36. der abgeänderten Statuten (S. 111. der Gesetzsammlung von 1850.) ausdrücklich angeordnet, daß die öffentliche Bekanntmachung unter der Verwarnung zu erlassen sei, daß die nicht präsentirten Noten für ungültig würden erklärt werden. Hier hat der Gesetzgeber das Präjudiz angeordnet und eine damit erlassene Aufforderung würde den Verlust von Privatrechten herbeiführen. Hat er aber hier ein solches Präjudiz und die Beifügung desselben in die Aufforderung für nothwendig erachtet, um einen solchen Verlust herbeizuführen, so läßt sich nicht annehmen, daß er dasselbe gewollt habe, wenn er §. 41. der Statuten der Leipziger Bank blos eine Aufforderung zum Umtausche mit Bestimmung einer Präclusivfrist sanctionirte.

Daß hiergegen solche Argumente, wie sie die Beklagte fol. — vorgebracht hat, „es müsse nämlich der Verlust von Privatrechten durch die §. 41. darum sanctionirt worden sein, weil außerdem der Aufruf keinen praktischen Sinn haben würde, und weil die Geschäftsverhältnisse der Bank es erforderten, daß mit der Präclusivfrist der Verlust des Rechts selbst eintrete", nicht von Einfluß sein können, bedarf kaum einer Nachweisung. Welche Nachtheile des öffentlichen Verkehrs und im Interesse des Bankinstituts daraus hervorgehen sollen, wenn neben den Noten mit einer Vignette auf der Rückseite auch noch dergleichen ohne eine solche circuliren, darüber ist Beklagte den Nachweis schuldig geblieben; in der Vignette kann der Grund nicht liegen, denn dann würde die Beklagte dergleichen überhaupt nicht ausgegeben haben; dem Credite der Bank kann dadurch auch nicht geschadet werden, denn er ruht auf ganz andern, viel wichtigern Dingen. Mag aber das Interesse sein, welches es wolle, immer bleibt es nur ein Interesse, und diesem stehen wohlerworbene Rechte entgegen; um eine Auslegung für den Verlust dieser Rechte herbeizuführen, können die Interessen des Verpflichteten niemals maaßgebend sein. Wenn aber der Sinn, der aus den Worten der §. 41. an sich hervorgeht, dem Zwecke nicht entspricht, den die Beklagte damit beabsichtigt hat, oder wenigstens damit beabsichtigt zu haben behauptet, so ist ihr entgegen zu halten, daß, wenn irgendwo, der Rechtssatz hier Anwendung zu finden hat: interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset. Wollte die Bank mit der dem Aufrufe zur Umtauschung beizufügenden Präclusive den Sinn verbinden, daß der Inhaber von Noten auch mit dem Rechte, baares Geld für diese zu fordern, ausgeschlossen sein sollte, so mußte sie diesen Sinn aus-

drücken, sie mußte sich deutlicher aussprechen, eben so deutlich, wie sich die landständische Hypothekenbank für das Markgrafenthum Oberlausitz §. 36. ihrer Statuten ausgesprochen hat (pag. 111. der Gesetzsammlung von 1850.); sie mußte sich aber neben der Bestätigung solcher deutlicher Worte auch das Recht ertheilen lassen, nicht blos ihre Actionäre, sondern auch die Inhaber von Banknoten bei Verlust ihrer Rechte vorzuladen.

Da nach allem diesem die Entscheidung nichts weniger als zweifelhaft sein konnte, so lag auch kein Grund vor, die Beklagte, als schuldigen Theil, von der Verpflichtung zur Erstattung der Proceßkosten freizusprechen."

II. Entscheidungsgründe zum Urthel des Appellationsgerichts zu Leipzig.

„Beklagte vermissen Bl. — zunächst eine specielle Beurtheilung desjenigen, was sie Bl. — zu vermeintlicher Widerlegung der von der ersten Instanz Bl. — im Allgemeinen gebilligten Einwendungen des Klägers Bl. — angeführt haben.

In dieser Hinsicht ist zu Bl. — Folgendes zu bemerken:

ad Bl. —

Die Worte des §. 41. der Statuten (Gesetz- und Verordnungsblatt für 1839. pag. 64.) können nicht so ausgelegt werden, daß die einzelnen mit „und" verbundenen Sätze desselben aus einander gerissen werden, und Beklagte hiernach der Bank das Recht vindiciren, die Noten entweder behufs der Einlösung gegen baares Geld, oder behufs des Austausches gegen andere Noten gleichen Betrags einzurufen. Um diesen Sinn deutlich erkennen zu lassen, hätte theils das Wort „einrufen" einer specielleren Begriffsbestimmung durch Beisatz anderer Worte bedurft, theils statt des Wortes „und" das Wort „oder" gewählt werden müssen.

Könnte aber auch jene Bestimmung in einem anderen, namentlich in dem von den Beklagten angerufenen Sinne alternativ ausgelegt werden, so würde doch, da es sich um ein Privilegium handelt, die Interpretation gegen die Beklagten zu machen sein.

Hierüber sprechen für die ersterwähnte Auslegung, beziehentlich gegen die Argumentation der Beklagten, noch folgende Momente:

a. Die Bestimmung des §. 38. und 40., daß Banknoten auf des Vorzeigers Verlangen von der Bank sofort gegen baare Zahlung umzutauschen sind, kann durch §. 41. nicht als aufgehoben oder als zeitlich beschränkt betrachtet werden. Es kann daher die Schlußbestimmung dieses Paragraphen nur den Sinn haben, daß in dem Falle des Einrufes den Producenten, wenn sie es wünschen, nicht wenn es der Bank beliebt, unentgeldlich andere Banknoten gleichen Betrags als Aequivalent ausgehändigt werden, jedenfalls aber auf der Producenten Verlangen die eingerufenen Noten baar einzulösen sind, indem, selbst angenommen, daß die Producenten zunächst neue Noten anzunehmen hätten, doch in demselben Augenblicke die Verbindlichkeit der Bank, solche baar einzulösen, existiren würde, somit also jene Bestimmung, wenn sie der Bank das Recht geben sollte, in dem Falle des Einrufs zunächst neue Noten zu offeriren, etwas ganz Unpraktisches enthalten würde.

Wollte man aber annehmen, daß für den Fall des Einrufes die Verbindlichkeit sofortiger baarer Einlösung cessire, so würde hierdurch die Bank ein Mittel haben, sich beliebige Moratorien zu verschaffen, indem sie, einen Aufruf dem andern annectirend, den Producenten der alten Noten neue, und denen der neuen wieder andere und so fort geben könnte.

Ist aber hiernach der mit „und" eingeleitete Nachsatz offenbar nur zu dem Zwecke da, um dem Inhaber der Noten ein Recht zu geben, statt des von ihm zu irgend einem Zwecke angeschafften, gegen baares Geld in manchen Beziehungen bequemen Werthsausgleiches einen andern derselben Art unentgeldlich zu verlangen, so muß dieser Nachsatz auch als eine Beschränkung des Vordersatzes anerkannt werden, als wodurch sich zugleich die Trennung beider Sätze als unthunlich darstellt.

b. Gegen das Argument Bl. —, daß es der Bank freistehen müsse, eine Gattung Noten gänzlich aus dem Verkehre zu entfernen, erregt das Wort „sämmtlichen" in §. 41. Bedenken.

Ist nämlich der Bank das Recht ertheilt, ihre sämmtlichen Noten einzurufen, so liegt, zumal es sich hier um ein Privilegium handelt, darin noch nicht nothwendiger Weise das Recht, einzelne Classen von Noten einzurufen, da nicht angenommen werden kann, daß dieses Wort ein ganz müßiges ist, was es sein würde, wenn der Gegensatz „oder einzelne Gattungen derselben" nicht dabei gedacht worden wäre.

Gilt nämlich an sich die Regel: Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere (L. 21. D. d. R. J., [L. 17.]), so ist sie doch nicht ohne Ausnahme,

cfr. Ph. Matthaei, Comment. in extr. Pand. tit., qui est de Div. R. J. Marp. 1680. ad L. 21. cit. No. 16 seq. pag. 149.

und insbesondere ist dann die Anwendung dieser Regel bedenklich, wenn sie von dem Privilegiatus

gegen den non Privilegiatus unter Umſtänden angewendet werden ſoll, wo nach Befinden für letzteren Nachtheile daraus entſtehen können, wie dergleichen mit Rückſicht darauf denkbar ſind, daß dieſe Noten keinen Zwangscours haben, und nun in Folge des Einrufes einer Gattung bei Leuten, welche die Verhältniſſe nicht genau kennen, die Annahme auch anderer Gattungen ſolcher Noten Bedenken erregt, obſchon ſie, abgeſehen von dieſem an ſich ungegründeten, jedoch im Rechtswege nicht zu beſeitigenden Bedenken, die Annahme nicht beanſtandet haben würden, ſomit alſo auch die Beſitzer uneingerufener Noten, welche dergleichen angeſchafft haben, um eine größere Zahlung zu leiſten, in die Lage kommen können, ſich mit Unkoſten für Transport und Proviſion einen mit Zwangscours verſehenen Werthsausgleicher anzuſchaffen.

Es gewinnt aber dieſes Bedenken noch mehr an Gewicht, wenn man berückſichtigt, daß bei den Statuten eines anderen, des Bl. — gedachten Bankinſtituts das betreffende Recht ausdrücklich dahin extendirt iſt, ſowohl ſämmtliche Noten, als eine Serie oder Liter derſelben einzuziehen, was deutlich darauf hinweiſt, daß in dem Geſchäftsverkehre zwiſchen beiden Modalitäten ein Unterſchied bemerkbar iſt.

Auch läßt ſich nicht, wie Beklagte Bl. — annehmen, ein Argument für die gegentheilige Meinung daraus herleiten, daß letztere dem Intereſſe der Bank, d. h. deren Actionären, förderlich iſt, und ſomit der Staat präſumtiv die letztere gewollt habe, da dieſer zwar darüber zu wachen hat, daß das Privilegium nicht zum Nachtheile der Privaten extendirt werde, keineswegs aber darüber, daß die Statuten, wo ſie ihrer von den Actionären ſelbſt gewählten Faſſung nach für die Privaten minder beläſtigend ſind, eine das ſinguläre Recht extendirende Faſſung erhalten.

Endlich iſt zu Bl. — entgegenzuhalten, daß der Einruf, auch wenn er mit der Präcluſion des Rechtes, Umtauſch gegen baares Geld zu verlangen, nicht verbunden iſt, jedenfalls die Wirkung in dem gemeinen Verkehr hat, daß alle die, welche mit der betreffenden lex specialis nicht völlig vertraut ſind, oder nicht ſofort Zeit und Gelegenheit haben, ſich mit derſelben vollkommen bekannt zu machen, wie bereits oben angedeutet worden, die Annahme der Noten als Geldeswerth vermeiden werden, und ſomit dieſe Noten von ſelbſt der Bank zufließen, ebenſo aber deſſen Wirkung nach Befinden dann in Betracht kommen wird, wenn es ſich, worüber jedoch zur Zeit eine ſpeciellere Auseinanderſetzung bedenklich fällt, um die Einlöſung von Falſificaten handelt.

B.

Beklagte wenden ſich Bl. — zu einer Widerlegung der ſpeciellen Rationen der erſten Inſtanz.

Allein das daſelbſt Bemerkte kann zwar darlegen, daß die Faſſung der Statuten eine mangelhafte iſt, keineswegs aber dahin führen, Auslegungen gegen die Privaten zu befürworten, welche dem Wortlaute der Statuten entgegenlaufen.

Eben ſo kann

ad Bl. —

die Analogie, welche die erſte Inſtanz für Beurtheilung des vorliegenden Falls aus §. 115. hergeleitet hat, nur eine gewichtige genannt werden, und mag hierbei noch darauf aufmerkſam gemacht werden, daß zu Widerlegung dieſer Analogie auf die angebliche Verſchiedenheit der Präcluſivfriſt ſchon um deswillen nicht Bezug genommen werden kann, weil die Dispoſition dieſes §. 115. über das Verfahren nach Ablauf der erſten dreimonatlichen Friſt den Inhabern von Noten für den Austauſch gegen baares Geld im Ganzen eine bei weitem längere Friſt, als die in §. 41. gedachte ſechsmonatliche ſichert.

Weiter iſt es

ad Bl. —

allerdings von Gewicht, daß die Dispoſitionen des Staates in Betreff des eignen Papiergeldes, im Falle der Devalvation, für den Inhaber günſtiger geweſen ſind, als die, welche die Bank für ſich in Anſpruch nimmt, und daß das von der Staatsregierung in Ausſicht geſtellte discretionäre Ermeſſen in Betreff der Ausdehnung der Präcluſivfriſt theils an ſich, theils durch die Mitwirkung der Stände bei verſchiedenen Acten der Staatsgewalt eine ſicherere Baſis hat, als die Billigkeitsauffaſſung Einzelner, bei denen unmittelbare pecuniäre Intereſſen vorwalten.

Nicht minder kommt

ad Bl. —

in Betracht, daß auch die Beſtimmung §. 36. der Statuten der Oberlauſitzer ſtändiſchen Bank nicht der Art iſt, daß daraus ohne Weiteres folgt, daß mit Ablauf der darin gedachten ſechsmonatlichen Präcluſivfriſt die Inhaber von Noten jedes Anſpruchs auf Gewährung der Valuta ohne Weiteres verluſtig gehen,

ingleichen

ad Bl. —,

daß die Inſertion eines Präjudizes ohne geſetzliche Ermächtigung dazu wirkungslos, das inſerirte aber mehrdeutig iſt, und eben nur darauf bezogen werden kann, was §. 41. der Bankſtatuten als Norm giebt.

C.

Für den concreten Fall ist endlich auch darauf Bezug zu nehmen, daß es

a. zweifelhaft erscheint, ob die Bl. — angezeigte Veränderung der Rückseite der älteren Noten materiell der Bedingung entspricht, wie sie im §. 41. für den Fall der Einrufung geordnet ist, und ob

b. die Bl. — gewählte Bezeichnung formell eine genügende ist, sowohl

c. daß nach allen den vorerwähnten Gründen die Frage dahin gestellt bleiben kann, ob, selbst angenommen, es habe eine Einrufung mit der Wirkung, daß die zu einem Austausche nicht rechtzeitig eingelieferten Noten in keiner Weise von der Bank zu vertreten seien, erfolgen können, die hierauf bezügliche Exception Bl. — in genügender Weise vorgeschützt ist.

D.

Unter diesen Umständen war die vorige Entscheidung, sowohl in der Hauptsache, als den Kostenpunkt anlangend, zu bestätigen, auch kein Grund erkennbar, warum Beklagte mit Erstattung der Kosten des Rechtsmittels verschont werden mögen."

III. Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts.

„Die Bestimmung der Statuten der Leipziger Bank, um deren Auslegung es sich im vorliegenden Rechtsstreite handelt, bezieht sich der ihr angewiesenen Stellung und dem ganzen Zusammenhange nach offenbar blos auf den Fall der Einrufung der Banknoten und Bankcassenscheine zum Behufe der Umtauschung gegen neue dergleichen, keineswegs auch auf eine etwaige Einrufung zum Zwecke der Umtauschung gegen baares Geld. Für letztere Operation, dieselbe außer Verbindung gedacht mit der Auflösung des ganzen Instituts, welcher Fall in §. 115. vorgesehen ist, fehlt es in den Statuten überhaupt an einer Bestimmung, sei es nun, daß die Verfasser der Statuten an die Möglichkeit, daß während des Bestehens der Bank zu einer Aufgebung des Vortheils, welcher der Bank aus dem derselben verliehenen Befugnisse zur Emission von Papiergeld offenbar erwächst, Veranlassung vorhanden sein werde, gar nicht gedacht haben, was allerdings das Wahrscheinlichere ist, oder daß sie in Hinsicht auf die nahe liegende Leichtigkeit, ihr Papiergeld auf andere Weise nach und nach aus dem Verkehre zu ziehen, wozu es nur einer gänzlichen Sistirung der Wiederausgabe der an die Bank zurück gelangenden Banknoten und Cassenscheine bedürfen würde, es nicht für nöthig erachtet haben, in gedachter Beziehung eine besondere Vorsehung, die am natürlichsten in dem Vorbehalte eines Kündigungsrechts hätte bestehen können, zu treffen.

Hält man nun aber daran fest, daß §. 41. der Statuten blos den Fall der Einrufung des Bankpapiergeldes zum Zwecke der Umtauschung gegen anderes dergleichen, in der äußeren Form von dem älteren verschiedenes, vor Augen hat, — wohin auch die rein grammatikalische Interpretation der Paragraphe führt, da das Wort „einrufen" durch das an sich einen copulativen Sinn ausdrückende Wörtchen „und" mit dem Nachsatze „gegen neue ꝛc. umtauschen" verbunden ist, während man dem gedachten Verbindungsworte „und" einen disjunctiven Sinn beilegen und es für gleichbedeutend mit „oder" erklären müßte, wollte man den der Bank nachgelassenen Einruf ihres Papiergeldes als ein besonderes, mit dem Umtausche gegen neues nicht in untrennbarem Zusammenhange stehendes Befugniß ansehen, — so folgt ohne Weiteres auch von selbst, daß man die präclusive Frist, welche die Bank das Recht hat zum Zwecke der gedachten Maaßregel zu bestimmen, zunächst nur auf diesen Zweck wird beziehen und zu diesem verstattet ansehen können, mit anderen Worten: daß, wenn die Bank für die Einrufung ihrer Noten und Cassenscheine zu dem Behufe, um deren Umtausch gegen andere gleiche Werthspapiere, die nur in der äußeren Form von den alten sich unterscheiden, zu bewirken, eine Präclusivfrist zu stellen berechtigt sein soll, die Folge der Nichtbeobachtung dieser Frist nur darin bestehen könne, daß später präsentirte Noten oder Bankcassenscheine nicht mehr auf Vertauschung mit neuen Anspruch haben, vielmehr von diesem Umtausche, welcher übrigens unentgeldlich zu bewirken, ausgeschlossen sein sollen.

Beklagte wenden zwar hiergegen ein, daß die Herbeiführung blos dieser Folge der Nichtbeobachtung des Präclusivtermins eine völlig unpraktische sein würde, die von der Bank gar nicht beabsichtigt werden könne, wenn dieselbe von der in §. 41. ihr zugestandenen Berechtigung Gebrauch zu machen in den Fall komme, weil, wenn den nicht präsentirten Banknoten oder Cassenscheinen blos der Umtausch gegen neue dergleichen Papiere versagt sein solle, nicht auch dieselben gleichzeitig für ungültig und werthlos erachtet würden, niemand sich beeilen werde, den Umtausch zu bewirken, und daher ihr älteres Papiergeld nach wie vor in Circulation bleiben werde. Sie behaupten daher, daß der anzudrohenden, resp. angedrohten Präclusion die Bedeutung beizulegen sei, daß die Bank wegen der nicht präsentirten Noten und Cassenscheine auch von der in §. 38. und 40. der Statuten ihr auferlegten Verpflichtung zur

sofortigen Umtauschung derselben gegen baare Zahlung an den jedesmaligen Vorzeiger entbunden erachtet werden müsse. Allein dieser Ansicht hat man auch in gegenwärtiger Instanz nicht beizutreten vermocht.

Wollte man auch zugeben, daß der Zweck, welchen die Bank verfolgt, wenn sie von der in §. 41. der Statuten ihr zugestandenen Berichtigung Gebrauch macht, nicht oder doch nur unvollkommen zu erreichen sei, wenn der Rechtsnachtheil der Nichteinreichung der Banknoten ꝛc. zum Umtausche gegen neue innerhalb der gestellten Präclusivfrist nur darin bestehe, daß nach Ablauf dieser Frist der Anspruch auf unentgeldliche Aushändigung neuer Noten gegen die alten cessire, so würde dies doch noch immer keinen ausreichenden Grund an die Hand geben, in die fragliche Paragraphe der Statuten die Bestimmung eines Rechtsnachtheils für die Inhaber des Bankpapiergeldes hinein zu tragen, welche an sich bei einer einfachen Festhaltung an dem Wortlaute und der Wortverbindung gezeigtermaaßen nicht darin liegt, und welche allerdings als eine ganz exorbitante Ausnahme von dem gemeinen Rechte sich darstellen würde. Nur so viel würde sich etwa aus der geringeren Zweckmäßigkeit des Präjudizes bloßer Ausschließung des eingerufenen Papiergeldes vom unentgeldlichen Umtausche gegen neues dergleichen entnehmen lassen, daß es in der Absicht der Verfasser der Bankstatuten gelegen haben könne, der Bank das Recht der Werthloserklärung solcher nicht zum Umtausche gegen neue präsentirten Banknoten und Cassenscheine beizulegen, und daß es wohl auch zweckentsprechend gewesen sein würde, wenn die Bank sich letzteres Vorrecht von der Staatsregierung hätte ertheilen lassen. Allein, wie schon die Erklärung der Gesetze — denen man im Allgemeinen das landesherrlich confirmirte Bankstatut beizählen mag — aus der Absicht derselben nur mit großer Vorsicht zulässig ist, zumal wenn über den Grund oder Zweck der als mangelhaft bezeichneten Bestimmung keine Gewißheit vorhanden, was überhaupt selten der Fall sein wird, sobald das Gesetz nicht selbst mit klaren Worten sich darüber ausspricht, so ist es jedenfalls noch weit bedenklicher, bei der Interpretation sich blos oder doch hauptsächlich nur von der Rücksicht auf die größere Zweckmäßigkeit oder größere Consequenz des dadurch zu erlangenden Resultates leiten zu lassen, indem der Ausleger hierbei sehr leicht den ihm zukommenden Standpunkt verläßt und in die Sphäre des Gesetzgebers übergreift.

(Savigny, System des heut. röm. Rechts, Bd. 1. §. 35. f.)

Ungleich sicherer erscheint noch, in sofern man nicht mit der stets den Vorrang verdienenden Erklärung nach dem gewöhnlichen Wortsinne, von welchem nur bei völliger Zweifellosigkeit einer andern Willensmeinung abgewichen werden darf, ausreicht, die Erklärung des anscheinend mangelhaften Theiles eines Gesetzes aus einem andern Theile desselben Gesetzes, oder auch aus andern Gesetzen, zumal wenn dieselben in der Zeit einander nahe stehen und von demselben Gesetzgeber herrühren. In dieser Hinsicht ist aber ebenfalls bereits in den Entscheidungsgründen der vorigen Instanzen nachgewiesen, daß eine Vergleichung der Vorschriften in §§. 38. 40. und 115. der Statuten keineswegs annehmen lasse, es habe der Bank außer im Falle ihrer Auflösung, für welchen besondere, allen Zweifel über den zu erwartenden Rechtsnachtheil ausschließende Vorsichtsmaaßregeln angeordnet worden, das Recht gegeben werden sollen, sich der ihr ganz unbedingt auferlegten Verpflichtung zur sofortigen Umtauschung ihres Papiergeldes gegen baares Geld an den jedesmaligen Vorzeiger unter irgend einem Vorwande zu entziehen, so wie daß in neueren, ähnliche Verhältnisse betreffenden Gesetzen zur Herbeiführung des Zweckes der völligen Entwerthung des vom Staate oder privilegirten Privatvereinen emittirten Papiergeldes bei nicht rechtzeitiger Präsentation desselben zum Umtausche gegen anderes, weit förmlichere Maaßregeln angeordnet und bestimmtere Ausdrücke für nöthig erachtet worden.

Ueberdies gehört §. 41. zu dem Theile der Statuten, welcher die der Bank ertheilten Vorrechte und Privilegien enthält, wie auch die Ueberschrift des betreffenden Abschnittes besagt, und da die dem Wortlaute und der Wortverbindung derselben entsprechende obenbemerkte Erklärung, wonach das mit den Worten „unter Bestimmung einer präclusiven Frist" der Bank eingeräumte Recht der Verhängung des Präjudizes der Ausschließung in Betreff des bis zum Ablauf der gestellten Frist nicht präsentirten Bankpapiergeldes lediglich von der Ausschließung von dem ferner noch zu bewirkenden „unentgeldlichen" Umtausche gegen neue Noten und Cassenscheine zu verstehen, einen an sich klaren und vollständigen — wenn schon von den Beklagten nicht als ihrem Zwecke und Bedürfnisse entsprechend erachteten — Gedanken enthält, so würde auch schon die in der Natur der Sache liegende Regel, daß Privilegien, insofern daraus Ausnahmen von dem allgemeinen Rechte, und namentlich Begünstigungen zum Nachtheile wohlerworbener Privatrechte dritter Personen, hergeleitet werden sollen, nur ganz stricte zu erklären, den Ausschlag im vorliegenden Falle

um so gewisser geben müssen, je tiefer offenbar durch die von den Beklagten vertheidigte Erklärung in die Rechte der Inhaber des Bankpapiergeldes als Gläubiger der Bank eingegriffen werden würde, und je zweifelhafter es demnach erscheinen muß, ob die 41ste §. des Statuts überhaupt oder wenigstens in der vorliegenden Fassung landesherrlich bestätigt worden wäre, wenn sie das durch diese Erklärung hineingetragene Präjudiz des Verlustes des Geldwerthes der Banknoten und Bankcassenscheine hätte enthalten sollen.

Nicht unbemerkt mag endlich bleiben, daß auch der erlassene Aufruf nicht einmal das Präjudiz der gänzlichen Entwerthung der bis zum Ablauf der gestellten Frist nicht zum Umtausch gegen neue eingereichten Banknoten mit Deutlichkeit ausspricht, und daß daher selbst in dem Falle, wenn das Statut der Bank ein Recht dazu eingeräumt hätte (was indessen gezeigtermaaßen zu reprobiren gewesen), es bedenklich hätte erscheinen müssen, gegenwärtig dem Kläger gegenüber auf diesen Rechtsnachtheil zu erkennen.

Bei dem allen hat die Entscheidung der Sache sich nicht so zweifellos dargestellt, daß man die Verurtheilung der Beklagten in die Proceß- und Appellationskosten für ausreichend gerechtfertigt hätte erachten können. Es ist daher reformatorisch auf Compensation der Kosten erster und zweiter Instanz zu sprechen gewesen, woraus sich zugleich der zureichende Grund dafür ergiebt, daß man auch die Kosten der jetzigen Instanz compensirt hat."

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 20. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1853) enthält: No. 81. Verordnung, die Bestellung eines Landtagswahlcommissars betreffend; vom 3. November 1853. No. 82. Verordnung an sämmtliche Untergerichte, die Beschleunigung der nach §. 18. der Ausführungsverordnung zum Preßgesetze vom 14. März 1851 zu erstattenden Anzeigen betreffend; vom 7. November 1853. No. 83. Bekanntmachung, die erweiterte Anwendbarkeit des Oesterreichisch-Preußischen Handels- und Zollvertrags betreffend; vom 15. November 1853. No. 84. Verordnung, den Transport von Schüblingen und die Einlieferung von Sträflingen und Correctionärs in die bezüglichen Anstalten betreffend; vom 14. November 1853. No. 85. Decret wegen Bestätigung des Regulativs für die Sparcassenanstalt zu Radeburg; vom 29. October 1853. No. 86. Verordnung, die Bekanntmachung des Staatsvertrags wegen gegenseitiger Verpflegung erkrankter und Beerdigung verstorbener Angehöriger des anderen Staats betreffend; vom 17. November 1853. No. 87. Bekanntmachung, die Vereinigung der Steuerbezirke Hohnstein und Pirna betreffend; vom 22. November 1853. No. 88. Verordnung, den für Provocationen auf Ablösungen für den 31. December 1853 anstehenden Präclusivtermin betreffend; vom 1. December 1853. — Letzte Absendung: am 10. December 1853.

**Ernennungen, Anstellungen, Entlassungen ꝛc.** Se. Königliche Majestät haben den zeitherigen Pfarrer zu St. Johannis in Chemnitz, Bernhard Adolph Langbein, provisorisch zum Hülfsarbeiter in dem Ministerio des Cultus und öffentlichen Unterrichts mit dem Titel und Range eines Kirchenraths zu ernennen geruhet; es soll derselbe auch bis auf Weiteres an der evangelischen Hofkirche als Prediger mit verwendet werden.

Se. Königliche Majestät haben den früheren Justitiar des königlichen Gerichts zu Riesa, Theodor Grafen zur Lippe Biesterfeld-Weißenfeld, als Hülfsassessor bei dem Appellationsgericht zu Budissin anzustellen gnädigst geruhet.

Se. Majestät der König haben den bisherigen Referendar und Attaché bei der königl. Gesandtschaft zu Paris, Friedrich August Curt von Lüttichau, zum Legations-Secretär zu ernennen und denselben bei der königl. Gesandtschaft am königl. Preußischen Hofe anzustellen geruhet.

Allerhöchstdieselben haben ferner Allergnädigst gestatten wollen,

daß die Accessisten im Ministerium des Auswärtigen, Wolf von Zobel und Richard von Könneritz, beziehendlich zur königl. Bundestags-Gesandtschaft und zur königl. Gesandtschaft zu Paris als Attaché's versetzt,

sowie, daß die Rechtscandidaten Oswald Alexander von Feilitzsch und Wolf Hugo von Lindenau der königl. Gesandtschaft zu Wien als Attaché's beigegeben werden.

Der zeitherige Accessist bei der Ober-Post-Direction zu Leipzig, Leutnant v. d. A. Arthur von Mandelsloh, ist als Hülfsarbeiter daselbst angestellt worden.

**Todesfälle.** Gestorben: am 29. November 1853 der Geh. Finanzrath Schmieder, Ritter d. K. S. V.-O. in Dresden; am 17. December 1853 der Stadtrath und Advocat Ernst Wilhelm Schmidt in Dresden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von Bernhard Tauchnitz in Leipzig.

№ 4. Neue Folge Zweiter Jahrgang. 1854.


### 7.

1. Zu der durch legalen Antrag nothwendig gewordenen Einberufung einer Gewerkenversammlung bedarf das Bergamt der Genehmigung des Oberbergamtes nicht. — 2. Vor Abhaltung der Gewerkenversammlung können, an sich nicht gesetzwidrige, darin zu behandelnde Anträge nicht Gegenstand bergamtlicher Erörterung behufs Beantwortung der Frage über ihre Zulässigkeit sein. — 3. Proteste und Recurse wider Berathung über dergleichen Gegenstände sind nicht zu beachten. — 4. Wesen und Ausführung der Consolidation. — 5. Erläuterung von §. 14. des Gesetzes vom 22. Mai 1851, die Theilung der Kure betreffend.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. F. in L.

Die der nachstehend mitgetheilten Entscheidung des Oberbergamtes vom Mai 1853 zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse ergeben sich aus den Entscheidungsgründen.

„Dem Oberbergamte ist der Bericht vom 12. März dieses Jahres vorgetragen worden, mit welchem das Bergamt Freiberg die in Sachen der Consolidation der drei Berggebäude Himmelfahrt Fundgrube, Bergmanns Lust Fundgrube und Rudolph Erbstolln aus Veranlassung und bei Gelegenheit der diesfalls auf den 7. Februar dieses Jahres anberaumt gewesenen Gewerkenversammlung eingewendeten und beziehendlich weiter aufgenommenen und extendirten Recurse zur Entscheidung in zweiter Instanz angezeigt hat. Hierauf ist diese Entscheidung dahin zu fassen gewesen, daß der Bl. — eingewendete und Bl. — anderweit aufgenommene Recurs als unbegründet zu verwerfen ist, wogegen die übrigen Rechtsmittel sich durch geeignete, aus Nachstehendem sich ergebende Abänderung der bergamtlichen Resolutionen, gegen welche sie gerichtet sind, erledigen. Es sind aber die Recurrenten insgesammt zur antheiligen Berichtigung der durch ihre Rechtsmittel veranlaßten Kosten anzuhalten.

Zur Begründung dieser Entscheidung dient folgende Darlegung:

1.

Der Grubenvorstand von Bergmanns Lust Fundgrube, L. und Genossen, hat gegen die Abhaltung der anberaumten Gewerkenversammlung überhaupt recurrirt, es ist diesem Recurse auch noch von andern Gewerken beigetreten und derselbe überhaupt gegen die Gültigkeit aller in besagter Versammlung zu fassenden Beschlüsse extendirt worden.

Der Antrag auf die Zusammenberufung der Gewerken war ausgegangen von der Mehrheit der Gewerkschaften von Bergmanns Lust Fundgrube und Rudolph Erbstolln, sowie vom Grubenvorstand von Himmelfahrt Fundgrube, und es lag somit für das Bergamt nach §. 111. des Gesetzes vom 22. Mai 1851 die Nothwendigkeit vor, diesem Antrag zu deferiren. Da dasselbe aber die Versammlung anberaumen mußte, so ward in diesem Falle die nach §. 83. der Ausführungsverordnung vom 16. December 1851 vorgeschriebene Einholung oberbergamtlicher Genehmigung nicht für erforderlich erachtet; denn einer solchen bedarf das Bergamt offenbar nur da, wo es eine Gewerkenversammlung anberaumen will, nicht aber da, wo es eine dergleichen anberaumen muß.

Die von der Mehrzahl einer Gewerkschaft geforderte, oder von einem Grubenvorstand beabsichtigte Abhaltung einer Gewerkenversammlung behufs der Berathung über Bergbau- und Grubenangelegenheiten aber ist offenbar ein Act so privativer Natur und documentirt so bestimmt nichts, als das völlig erlaubte Streben eines Theiles der moralischen Person, durch eine Versammlung ihrer physischen Personen ihren Gesammtwillen auszusprechen, daß die Frage, ob die beabsichtigte Abhaltung stattfinden solle oder nicht, gar nicht zum Gegenstande amtlicher Erwägung erhoben werden kann. Gegen die Abhaltung einer zur Berathung über Betriebs- und Rechtsverhältnisse ihrer eignen Grube einberufenen Gewerkenversammlung zu protestiren und zu recurriren, ist ein logisches Unding. Keine Gewerkschaft kann durch Privatpersonen, in Folge einseitiger Befürchtungen und darum eingewendeter Proteste, behindert werden, über Angelegenheiten ihren Gesammtwillen auszusprechen, zu deren Beurtheilung sie der Natur der Sache und den gesetzlichen Vorschriften nach competent ist.

Der Grund davon, daß es für Manchen den Anschein gewinnen konnte, als ob der fragliche Recurs formell begründet wäre, mag darin liegen, daß das Bergamt die Gewerkenversammlung anberaumte. Das Bergamt diente aber hierbei nur als Vermittler des von entsprechenden Anzahlen von Kurinhabern zu erkennen gegebenen Wunsches und mußte zu dieser Vermittlung nach §. 111. des gedachten Gesetzes dienen.

Hätten die Antragsteller ihren Antrag auf Einberufung einer Gewerkenversammlung nicht an das Bergamt, sondern an die betreffenden Grubenvorstände gerichtet, und wäre von diesen, wie das hätte geschehen müssen, die Einberufung erfolgt, so hätte von einem Recurs nicht die Rede sein können, weil hier die höhere Instanz über den Grubenvorständen fehlte.

Daß der recurrirende Grubenvorstand von Bergmanns Lust Fundgrube die für mehrberegte Versammlung auf die Tagesordnung gebrachten Berathungsgegenstände für solche hält, welche mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht im Einklang stehen, giebt noch keinen Grund ab, die Versammlung selbst dem Wunsche der Inhaber einer hinreichenden Kurzahl gegenüber zu verhindern. Denn einmal verletzt die Absicht einiger Kurinhaber, Beschlüsse zu fassen, welche die Rechte der übrigen Gewerken beeinträchtigen könnten, diese Rechte noch nicht, nur erst die Fassung selbst und die Ausführung dieser Beschlüsse könnte beeinträchtigen. Sodann hat nach §. 15. des Gesetzes das Bergamt oder ein Commissar desselben darüber zu wachen, daß in der Gewerkenversammlung nichts beschlossen werde, was den Gesetzen zuwider läuft, und bei hierüber entstehenden Meinungsverschiedenheiten ist die Entscheidung in höherer Instanz einzuholen. Ueberdem aber kann ja die Minorität in der Versammlung selbst noch die Majorität eines Besseren belehren, und dafern trotz dieses Bestrebens Gesetzwidrigkeiten beschlossen würden, so bleibt hiergegen die Hülfe der Behörden immer noch sicher genug.

Verlangen endlich die Recurrenten, daß das Bergamt, ehe und bevor es die Anberaumung der Gewerkenversammlung im vorliegenden Falle anordnete, prüfen sollte, ob eine Consolidation möglich sei, so ist ein solches Anverlangen allenthalben ungerechtfertigt; ja die Behörde würde sich durch eine solche Prüfung eines Eingriffs in die freie Willensäußerung und Willensfeststellung der betreffenden Gewerkschaften schuldig gemacht haben, indem diesen selbst überlassen werden mußte, nach etwa gefaßtem Consolidationsbeschluß die Modalität der Ausführung dieses Beschlusses anzugeben. Ein arges Mißverständniß ist es aber, wie beiläufig bemerkt wird, wenn die Recurrenten meinen, daß das Oberbergamt durch Verordnung vom 18. August 1852 die Consolidation von Morgenstern sammt Neuer Morgenstern Erbstolln mit Schieferleithe Erbstolln für ungültig erklärt habe. Die Gültigkeit des Consolidationsbeschlusses ist dort nicht im Entferntesten angezweifelt worden. Man hatte sich vielmehr nur über den Weg, wie der Beschluß auszuführen sei, da diesfalls verschiedene Ansichten entstanden waren, auszusprechen.

Hiernach ist der gegen die Abhaltung der Gewerkenversammlung überhaupt gerichtete Recurs als ein jeder formellen Basis entbehrendes Vorschreiten zu verwerfen gewesen. Und indem man ihn gegen die Gültigkeit aller in der Gewerkenversammlung zu fassenden Beschlüsse extendirte, mußte ihn, da er in dieser Beziehung nur auf ein vermeintliches gravamen de futuro gestützt war, ein gleiches Schicksal treffen.

2.

Um die beabsichtigte Consolidation der genannten drei Gruben ins Werk zu setzen, wurde der Versammlung ein doppelter Weg vorgeschlagen. Der erstere ging dahin, zu beschließen:

> daß die Gewerkschaft von Himmelfahrt Fundgr. die Berggebäude Bergmanns Lust Fundgrube und Rudolph Erbstolln für einen Kaufpreis, welcher bei ersterem nach 60 Thlrn. —· —· pro Kur und bei letzterer Grube nach 15 Thlrn. —· —· pro Kur berechnet werden solle, käuflich erwerbe und die beiden Berggebäude zu einem einzigen, zusammengehörigen Ganzen zusammenschlage (consolidire), bei diesem Kaufvertrage aber die

Vertretung wegen etwaiger Entſchädigung des Grundkurinhabers bei den beiden andern Gruben mit übernehme.

Wenn aber unter Conſolidation mehrerer Gewerkſchaften und Gruben, inſoweit damit ein ſelbſtſtändiges Rechtsgeſchäft verſtanden wird, nichts Anderes gemeint ſein kann, als daß die vorhin iſolirt beſtandenen Gewerkſchaften und Gruben ihre Selbſtſtändigkeit aufheben, ihr geſammtes Activ- und Paſſivvermögen zuſammenwerfen, das Betheiligungsverhältniß jeder der vorher ſelbſtſtändigen Gewerkſchaften und mithin jedes einzelnen Gewerken am conſolidirten Berggebäude nach Verhältniß der verſchiedenen zugebrachten und in Eins zuſammengeworfenen Vermögensbeſtände ordnen und nach dieſem Betheiligungsverhältniſſe eine neue Gewerkſchaft bilden, ſo leuchtet von ſelbſt ein, daß durch den nurgedachten Beſchluß eine ſolche Conſolidation nicht, ſondern lediglich ein Auskauf der beiden Gruben Bergmanns Luſt Fundgrube und Rudolph Erbſtolln ſeiten der Himmelfahrt erzielt wird, wie denn in dem Contert des Beſchluſſes ſelbſt das beabſichtigte Rechtsgeſchäft in der That geradezu ein Kaufvertrag genannt wird. Denn daß das Bergamt Bl. — anführt, auch da, wo eine Gewerkſchaft ihr Berggebäude an eine andere abtrete und man dieſe beiden Berggebäude zu einem einzigen vereinige, finde eine Conſolidation ſtatt, kann um deswillen nicht durchſchlagend erachtet werden, weil hier die factiſch eintretende Conſolidation kein ſelbſtſtändiges Rechtsgeſchäft, ſondern nur eine von dem Willen des abtretenden Bergwerkseigenthümers ganz unabhängige Folge der vorausgegangenen Abtretung iſt. Ueber eine ſolche factiſche Conſolidation konnte im vorliegenden Falle eine gemeinſchaftliche Berathung und Beſchlußfaſſung aller drei Gewerkſchaften nicht Platz greifen, da die Himmelfahrt, wenn ſie die Berggebäude Bergmanns Luſt Fundgrube und Rudolph Erbſtolln einmal ausgekauft hatte, ſich nicht weiter vorſchreiben zu laſſen brauchte, ob ſie die ausgekauften Gruben als ſelbſtſtändige Gruben beſitzen oder mit ihrem zeitherigen Grubenfeld zuſammenſchlagen wolle, überdem aber auch die Gewerkſchaften in Bergmanns Luſt und Rudolph nach Veräußerung ihrer Berggebäude an der Entſcheidung dieſer Frage in einem oder dem anderen Sinne kein weiteres Intereſſe haben konnten. Wenn aber auf der Tagesordnung für die anberaumte Gewerkenverſammlung nach Bl. — und — ausdrücklich nur der Conſolidation von Bergmanns Luſt Fundgrube und von Rudolph Erbſtolln mit Himmelfahrt Fundgrube gedacht war, ſo mußten die Gewerken hierunter eine als ſelbſtſtändiges Rechtsgeſchäft, und nicht eine als Folge eines Kaufes auftretende Conſolidation verſtehen. Es konnte ihnen alſo für die erwartete Conſolidation keine Veräußerung, wie dies der vom Bergamt empfohlene Vorſchlag unter 1. verſucht, untergeſchoben werden, vielmehr muß dieſer erſte Vorſchlag als ein ſolcher bezeichnet werden, der nicht mit auf der Tagesordnung ſtand, über den alſo nach §. 116. des Berggeſetzes aus rein formellen Gründen in der am 7. Februar dieſes Jahres abgehaltenen Gewerkenverſammlung gültiger Beſchluß nicht gefaßt werden konnte.

Dadurch aber, daß hiernach die Entſchließung des Bergamts, welches die Berathung und Beſchlußfaſſung über den mehrberegten Vorſchlag unter 1. Bl. — für zuläſſig erachtete, abzuändern war, erledigt ſich der diesfalls von L. und Genoſſen eingewendete und aufgenommene Recurs.

3.

Für den Fall, daß der erſte Weg, auf welchem die beabſichtigte Conſolidation durchgeführt werden ſollte, nicht zum Ziele führte, ſollten die betreffenden Gewerkſchaften eventuell befragt werden:

ob ſie beſchließen wollten, daß eine Conſolidation von Bergmanns Luſt Fundgrube und von Rudolph Erbſtolln mit Himmelfahrt Fundgrube dergeſtalt erfolge, daß die Gewerken dieſer drei Berggebäude an dem hierdurch entſtehenden Geſammtberggebäude eine neue Gewerkſchaft bilden, bei welcher die Himmelfahrter Gewerken die ihnen gegenwärtig an ihrer Grube zugeſchriebenen Kure und Kurantheile unverändert beibehalten, dagegen, was die beiden andern Gewerkſchaften anlangt, durch ſoweit nöthige Ab- und Zugewährung der Kure, welche die Gewerkſchaft in Himmelfahrt Fundgrube in gemeinſchaftlichem Beſitz hat, der zeitherige Inhaber eines ganzen Kures bei Rudolph Erbſtolln $\frac{1}{100}$ und bei Bergmanns Luſt Fundgrube $\frac{1}{100}$ Kur am conſolidirten Berggebäude erhalten ſolle, inſoweit aber der Zugewährung der ſolchergeſtalt repartirten Bruchtheilskure die Vorſchrift in §. 14. des Geſetzes vom 22. Mai 1851 und in §. 13. der Ausführungsverordnung dazu entgegenſtehe, die betreffenden Gewerken verbindlich ſeien, ihre Kurantheile an die neue Himmelfahrter Gewerkſchaft gegen vollſtändige, nach Befinden durch öffentlichen Geſammtverkauf zu ermittelnde Entſchädigung abzutreten.

Die Majoritäten der drei verſammelten Gewerkſchaften haben nun auch eventuell dieſe Frage bejaht und demgemäß einen Beſchluß gefaßt. Das Bergamt hat aber unter der Erklärung, daß dieſer Beſchluß außerhalb der Competenz der Gewerkſchaften als ſolcher liege, den Beſcheid ertheilt:

daß es mit den zur Ausführung deſſelben erforderlichen Maaßregeln ſo lange Anſtand nehmen werde, als die bei dieſem Beſchluß betheiligten Gewerken nicht dazu die Einwilligung der abweſenden Gewerken beigebracht, oder auf dem Rechtswege ausgeführt hätten, daß letztere ſich dieſem Beſchluß zu unterwerfen hätten.

Gegen dieſen Beſcheid wendeten die Majoritäten Recurs ein.

Zunächſt iſt nun durch den vorſtehends wörtlich aufgeführten gewerkſchaftlichen Beſchluß, der um deswillen als Hauptbeſchluß, welchem er eventuell ſubſtituirt werden ſollte, aus formellen Gründen unzuläſſig war, der Wille der verſammelten Gewerkſchaftsmajoritäten, die in Frage befangenen drei Berggebäude zu conſolidiren, in ganz unzweifelhafter Weiſe ausgedrückt worden.

Es ſteht unbedingt feſt, daß die Mehrzahl der Gewerken in Himmelfahrt Fundgrube, Bergmanns Luſt Fundgrube und Rudolph Erbſtolln dieſe Berggebäude zu einem einzigen, gemeinſchaftlichen Berggebäude vereinigen wollen, und es kann ſich nur fragen, ob die beregten Majoritäten nach Maaßgabe der einſchlagenden geſetzlichen Beſtimmungen oder auch nach Maaßgabe vorliegender beſonderer Rechtsverhältniſſe einen ſolchen Conſolidationsbeſchluß faſſen konnten.

Nach §. 107. des Berggeſetzes werden alle Beſchlüſſe der Gewerkſchaften durch Abſtimmung gefaßt, und zwar mit Ausnahme der in den §§. 118. 120. 122. und 128. gedachten Fälle durch abſolute Stimmenmehrheit. Die Frage, ob zwei Gewerkſchaften ihre geſonderten Berggebäude, dafern ſie nur markſcheiden (§. 51. des Berggeſetzes), mit einander conſolidiren wollen, iſt hiernach, ſo lange nichts Anderes vorgeſchrieben wird, ebenfalls von der abſoluten Stimmenmehrheit jeder der beiden Gewerkſchaften abhängig.

Das Berggeſetz kennt nur eine Ausnahmebeſtimmung, welche bei beabſichtigten Conſolidationen zu beobachten iſt. §. 116. erfordert nämlich, daß, dafern über die Conſolidation eines gewerkſchaftlichen Berggebäudes mit einem andern in einer Gewerkenverſammlung beſchloſſen werden ſoll, die Hälfte der ſämmtlichen ſtimmberechtigten Kure repräſentirt ſein ſoll. Iſt dieſer Vorſchrift genügt — und im vorliegenden Falle iſt es geſchehen —, ſo erfolgt denn die Beſchlußfaſſung ganz nach der in §. 107. aufgeſtellten allgemeinen Regel durch abſolute Stimmenmehrheit der anweſenden Kurinhaber.

Nach §. 108. giebt bei Abſtimmungen jeder ganze Kur eine Stimme ab.

Dem Geſetz entſprach es daher vollſtändig, wenn in der Gewerkenverſammlung vom 7. Februar dieſes Jahres, in welcher auch nach dem Austreten einiger Gewerken die Gewerkſchaft in Himmelfahrt Fundgrube noch durch 79, die in Bergmanns Luſt Fundgrube noch durch 113 und die in Rudolph Erbſtolln noch durch 105¼ Kure vertreten war, ein Conſolidationsbeſchluß gefaßt ward; es liegt aber auch in etwaigen beſonderen rechtlichen Beziehungen kein Grund, die diesfallſige Beſchlußfaſſung für ungültig zu erachten.

Die Bl. — von den Minoritäten aufgeſtellte Theorie, wonach die Gewerkſchaft in Himmelfahrt Fundgrube ſich als Kurinhaberin bei Bergmanns Luſt Fundgrube und Rudolph Erbſtolln der Ausübung jeden Stimmrechts bei der vorgeweſenen Conſolidationsfrage zu enthalten haben ſollte, entbehrt, wie die Verfaſſer der betreffenden Schrift, L. und Genoſſen, ſelbſt zugeſtehen, jeder poſitiv rechtlichen Stütze, folgt aber auch keineswegs aus der Natur der Sache. Es liegt im Begriff des Kures, daß jeder Kurinhaber bei Ausübung des aus dem Kurbeſitz herfließenden Stimmrechts ſo abſtimmt, wie er glaubt, daß es ſeinem materiellen Vortheil am meiſten zuſagt, und es dürften in dieſer Beziehung niemals nach irgend einer Seite hin andere Erfahrungen zu erwarten ſein.

Wie nun aber jedem Privatmann freiſteht, wenn er Kure in zwei Gruben beſitzt, bei jeder dieſer Gruben, ohne Rückſicht auf das Intereſſe anderer, nur bei einer jener beiden Gruben betheiligter Gewerken, ſeinen materiellen Vortheil wahrzunehmen, ſo konnte im vorliegenden Fall ein Bedenken um ſo weniger obwalten, die Gewerkſchaft in Himmelfahrt als Kurinhaberin bei Bergmanns Luſt und Rudolph durch ihren Vorſtand abſtimmen zu laſſen, als das bei der Conſolidationsfrage mit zur Sprache kommende Schickſal von Himmelfahrt Fundgrube ſelbſt nicht von der Gewerkſchaft in Himmelfahrt als ſolcher, ſondern von den Himmelfahrter Gewerken vertreten ward. Bekanntermaaßen iſt aber eine Gewerkſchaft als ſolche, als moraliſche Perſon, mit den Gewerken als phyſiſchen Perſonen, keineswegs identiſch. Hätte ſich die Himmelfahrter Gewerkſchaft bei dem Conſolidationsbeſchluß ihres Stimmrechts als Kurinhaberin bei den mehrgedachten beiden andern Berggebäuden begeben, ſo wäre dies ein Act beſonderer Rückſicht geweſen; gezwungen konnte ſie aber dazu unter allen Umſtänden nicht werden.

Nachdem die Conſolidation im Allgemeinen beſchloſſen war, mußte das Verhältniß feſtgeſtellt werden, in welchem die vorher getrennten drei Gewerkſchaften an dem zuſammengeſchlagenen Gruben-

gebäude participiren ſollten. Auch hierüber enthält der Beſchluß, wenn auch in minder präciſer Faſſung, ſo doch in unzweideutiger Klarheit genügende Beſtimmung, indem aus ſelbigem offenbar hervorgeht, daß die Gewerkſchaft in Himmelfahrt Fundgrube $\frac{1}{2}\frac{1}{0\,0}$, die in Bergmanns Luſt Fundgrube $\frac{3}{2\,0\,0}$ und die in Rudolph Erbſtolln $\frac{1}{2\,0\,0}$ der Kure am conſolidirten Berggebäude haben und erhalten ſoll.

Es kann ſich fragen, ob die Minoritäten der Gewerkſchaften in Bergmanns Luſt Fundgrube und Rudolph Erbſtolln nachzuweiſen im Stande ſind, daß ſich ihre vorhin geſonderten Berggebäude in einem günſtigeren Verhältniß, denn wie 2 und beziehendlich 1 zu 200, zum conſolidirten Grubencompler verhalten. Allein ſelbſt eine günſtige Entſcheidung dieſer im Rechtswege auszuführenden Frage würde auf den Conſolidationsbeſchluß ſelbſt immer ganz einflußlos bleiben und nur eine Entſchädigung der durch das Conſolidationsverhältniß gravirten Gewerken bedingen.

Nachdem aber ſowohl über die Conſolidation als über das Conſolidationsverhältniß formell gültige Majoritätsbeſchlüſſe der betreffenden Gewerkſchaften vorlagen, ſo war damit der Zweck der berufenen Gewerkenverſammlung rückſichtlich des erſten Punktes der Tagesordnung erfüllt, und es lag in dem weiteren Beſchluß:

> daß die Himmelfahrter Gewerken als Gewerken am neuen Grubengebäude die ihnen gegenwärtig an ihrer Grube zugeſchriebenen Kure und Kurtheile unverändert beibehalten, dagegen die andern beiden Gewerkſchaften durch ſoweit nöthige Ab- und Zugewährung der Kure, welche die Gewerkſchaft in Himmelfahrt Fundgrube in gemeinſchaftlichem Beſitz hat, in der Weiſe, daß der zeitherige Inhaber eines ganzen Kures bei Rudolph Erbſtolln $\frac{1}{2\,0\,0}$ Kur und bei Bergmanns Luſt Fundgrube $\frac{1}{1\,0\,0}$ Kur an dem conſolidirten Berggebäude erhalte, abgefunden werden ſollen,

etwas Selbſtverſtändliches, während die Verſammelten ihre Befugniß überſchritten, wenn ſie ſchließlich feſtſtellten:

> daß, inſoweit der Zugewährung der ſolchergeſtalt repartirten Bruchtheilskure die Vorſchrift in §. 14. des Berggeſetzes vom 22. Mai 1851 und in §. 13. der Ausführungsverordnung dazu entgegenſtehe, die betreffenden Gewerken verbindlich ſeien, ihre Kurtheile an die neue Himmelfahrter Gewerkſchaft gegen vollſtändige, nach Befinden durch öffentlichen Geſammtverkauf zu ermittelnde Entſchädigung abzutreten.

Wenn das Verhältniß feſtgeſtellt iſt, nach welchem conſolidirte Gewerkſchaften an dem zuſammengeſchlagenen Berggebäude participiren ſollen, ſo bleibt die Ausführung der darnach ſtattfindenden Reduction der geſammten Kurtheile dem Bergamt, als der geordneten Gegenbuchsbehörde, überlaſſen. Das Bergamt hat alſo auf der Grundlage des gefaßten Hauptbeſchluſſes deſſen weitere Ausführung zu bewirken, und wenn zu dem Behufe im vorliegenden Fall als letzte Folge der vorzunehmenden Kurreduction die Thatſache hervortreten muß, daß jeder Althimmelfahrter Gewerke ſeinen dermaligen Kurtheil behält und darin den Ausdruck ſeines Betheiligungsverhältniſſes an dem zuſammengeſchlagenen Berggebäude findet, während die Gewerken von Bergmanns Luſt und Rudolph anſtatt ihrer dermaligen Kurtheile beziehendlich $\frac{1}{1\,0\,0}$ und $\frac{1}{2\,0\,0}$ dieſer Kurtheile am conſolidirten Berggebäude zugewährt erhalten, ſo iſt hierin eben nichts als eine natürliche Folge der beſonderen gegebenen Umſtände, nicht aber eine Eigenthümlichkeit zu erblicken, zu deren Vermittelung es erſt eines behufigen Majoritätsbeſchluſſes bedürfte.

Das Beſondere aber, welches im vorliegenden Fall ein Unterlaſſen der Reduction des Zahlenwerthes der Alt-Himmelfahrter Kure und Kurtheile um $\frac{3}{2\,0\,0}$ möglich macht, beſteht darin, daß die Alt-Himmelfahrter Gewerkſchaft an ihrem eigenen Grubengebäude nach Bl. — Kurtheile beſitzt. Hierdurch entſteht die Möglichkeit, die Bergmanns Luſter und Rudolpher Gewerken in der Weiſe abzufinden, daß einem jeden derſelben für ſeinen Kur oder Kurtheil der ein- und nach Befinden zweihunderſte Theil davon als Kur am Alt-Himmelfahrter Berggebäude zugetheilt wird. Nun ſollen aber dieſe Gewerken nicht $\frac{1}{1\,0\,0}$ und beziehendlich $\frac{1}{2\,0\,0}$ ihres dermaligen Kurbeſitzes am Alt-Himmelfahrter, ſondern am conſolidirten Berggebäude erhalten; es müßten daher die ihnen zugewährten Bruchtheilkure nach demſelben Verhältniß reducirt werden, nach welchem die Alt-Himmelfahrter Kure und Kurtheile, entſprechend dem feſtgeſtellten Verhältniß von 197 : 2 : 1, zu reduciren wären, und hieraus ergiebt ſich denn als arithmetiſche Folge, daß das für die Betheiligung am Geſammtberggebäude ausgeworfene Verhältniß bereits richtig getroffen iſt, wenn man nach vorhergegangener Uebertragung der Bergmanns Luſter und Rudolpher Kure nach je $\frac{1}{1\,0\,0}$ und $\frac{1}{2\,0\,0}$ in die Alt-Himmelfahrter Gewerkſchaft die Zahlenwerthe der Kure in dieſer Gewerkſchaft ohne Weiteres als die entſprechenden Zahlenwerthe der Kure am Geſammtberggebäude annimmt.

Lediglich das Bergamt hatte aber auch ſchließlich darüber Reſolution zu faſſen, wie die durch die

Consolidation bedingte Abfindung solcher Gewerken, welche vermöge ihres verhältnißmäßig unbedeutenden Kurbesitzes bei Bergmanns Lustfundgrube und Rudolph Erbstolln einen Bruchtheilkur am Gesammtberggebäude erhalten würden, der weit kleiner als $\frac{1}{100}$ Kur wäre, mit den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen in §. 14. des Berggesetzes und §. 13. der dazu gehörigen Ausführungsverordnung in Einklang zu bringen sei. Daß die Majoritäten jene Gewerken verbindlich machen wollten, ihre Kurtheile an die neue Himmelfahrter Gewerkschaft gegen vollständige, nach Befinden durch öffentlichen Gesammtverkauf zu ermittelnde Entschädigung abzutreten, muß als eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit der Minorität angesehen werden, welche man so lange nicht gutheißen kann, als sie nicht durch eine Gesetzesvorschrift ausdrücklich sanctionirt wird.

In keinem Falle wird einer Majorität das Recht eingeräumt werden können, einen derartigen Zwang ohne erklärte Zustimmung der Minorität auszuüben. Der letzte Theil des mehrberegten Beschlusses muß also, als über die Competenz der zusammenberufenen Gewerkenversammlung hinausgehend, aus formellen Gründen ganz unbedingt als ungültig erachtet werden.

Im Bewußtsein des Satzes, daß eine Behörde ohne gesetzliche Ermächtigung in privatrechtliche Verhältnisse nicht mit Zwangsmaaßregeln einschreiten kann, ertheilte daher das Bergamt Bl. — auf die beregte Anmuthung der Bergmanns Luster und Rudolpher Gewerken, auf welche gesetzlich nicht zu gewährbare Bruchtheilkure ausfallen würden, solche gegen volle baare Entschädigung zu entziehen, den Bescheid:

> daß es mit den diesfallsigen Ausführungsmaaßregeln so lange Anstand nehmen werde, als die bei diesem Beschlusse betheiligten Gewerken nicht dazu die Einwilligung der abwesenden Gewerken beigebracht oder auf dem Rechtswege ausgeführt hätten, daß letztere sich diesem Beschlusse zu unterwerfen hätten.

So gerechtfertigt diese Bescheidung genannt werden muß, so leuchtet doch auf den ersten Blick ein, daß dadurch der Durchführung der beschlossenen Consolidation selbst die größten Schwierigkeiten, welche geradezu als unüberwindlich bezeichnet werden können, bereitet werden. Denn von dem Satze ausgehend, daß auch die bei Consolidationen entstehenden Bruchtheilkure nach dem ersten Satze von §. 13. der Ausführungsverordnung vom 16. December 1851 nur Hundertheilkure sein dürfen, hat ein Theil der Gewerkschaft in Bergmanns Lust Fundgrube und Rudolph Erbstolln, wie nach den Verhandlungen Bl. — flg. und nach den Verzeichnissen Bl. — und — nicht ohne Grund zu vermuthen ist, eine Zersplitterung ihrer Kure in der Absicht vorgenommen, dadurch eine Erlangung gesetzlicher Bruchtheilkure bei der Consolidation unmöglich zu machen und somit diese selbst zu vereiteln. Darauf also, daß Gewerken, die in dieser Weise manipulirt haben, in Güte darein willigten, daß sie für ihre gesetzlich unzulässig kleinen Kurtheile durch Baarzahlung entschädigt würden, ist nicht zu hoffen.

Ebensowenig ist man aber berechtigt, zu glauben, daß im Rechtswege zu einer Verurtheilung der betreffenden Gewerken, dies dulden zu müssen, zu gelangen sein würde. Denn wenn auch die Majorität unbedingt in gemeinschaftlichen, die ganze Grube und somit jeden Kurtheil gleichmäßig treffenden Angelegenheiten endgültig beschließen kann, so kann sie das doch gewiß nicht über einzelne Kure und Kurtheile, dafern nicht dazu eine ganz unzweideutige Gesetzesvorschrift berechtigt.

In richtiger Consequenz von §. 14. des Berggesetzes sollte nun allerdings im Gesetze selbst oder in der Ausführungsverordnung eine Bestimmung enthalten sein, durch welche gegen die Inhaber gesetzlich unzulässiger Bruchtheilkure ein Zwangsverfahren sanctionirt würde, weil ohne solches Verfahren die Vorschrift, daß eine weitere Theilung der Kure als Einhundertheile unzulässig sei, für Fälle, wie der vorliegende ist, nur als eine halbe Vorschrift erscheint. Es wird sich kein Gericht herbeilassen, auf Grund der Bestimmungen in §. 14. des Berggesetzes und der dazu gehörigen Bestimmungen der Ausführungsverordnung eine Verurtheilung eines Gewerken in eine Zwangsveräußerung seines ungesetzlichen Bruchtheilkures auszusprechen.

Bei solcher Sachlage scheint daher die Befürchtung zu entstehen, daß es der Minorität gelungen sein könnte, den auf Consolidation gerichteten Majoritätsbeschluß zu einem unausführbaren zu stempeln. Allein weil hierdurch der oberste Grundsatz der neuen gewerkschaftlichen Verfassung, wornach die Gewerkschaft als Corporation gilt und ihre Willensmeinung durch absolute Stimmenmehrheit ausspricht, in bedenklicher Weise verletzt werden würde, so kann man bei jener scheinbaren Befürchtung nicht ohne Weiteres Beruhigung fassen.

Die Consolidation von Grubenfeldern ist für den Freiberger Bergbau erfahrungsmäßig von der höchsten Bedeutsamkeit. Gleichwohl hat das Berggesetz durch die Bestimmung in §. 116. möglichste Garantie für nöthig erachtet, daß Consolidationen nicht im Sonderinteresse einer geringeren Anzahl von Kuren durchgesetzt werden. Auf der einen Seite aber die

Consolidation als einen Act bezeichnen, über welchen die Majorität endgültig beschließen kann, und auf der andern Seite aus der oft berührten Beschränkung der Kurtheilung und dem Mangel eines diese Beschränkung unterstützenden Zwangsverfahrens absolute Behinderung der Ausführung eines verfassungsmäßigen Consolidationsbeschlusses herleiten wollen, das dürfte einen Widerspruch involviren, dessen sich das Berggesetz nicht schuldig machen konnte.

Dieses Gesetz beabsichtigt, indem es in §. 14. die Kurtheilung beschränkt, ganz offenbar nichts, als der aus bloßer Laune hervorgehenden unbegrenzten Kurtheilung Schranken zu setzen. Die Ausführung unterstützt diese Ansicht ganz unbedingt, indem dieselbe da, wo größere Kurzerstückelungen bereits vorliegen, zu deren Beseitigung kein Zwangsverfahren vorschreibt, da aber, wo eine solche Zerstückelung durch Erbschaft oder Schenkung bedingt wird, nur einen indirecten Zwang ausgeübt wissen will, um die Erben und Schenknehmer unter sich zu einer gütlichen Ausgleichung zu vermögen.

Der Gewerke aber, welcher in Folge eines verfassungsmäßigen Consolidationsbeschlusses gezwungen wird, seinen Kur beispielsweise auf den zweihundertsten Theil seines dermaligen Zahlenwerthes reduciren zu lassen, folgt offenbar nicht lediglich seinem Willen, sondern ist durch den Gewerkschaftsbeschluß gebunden.

Auf ihn kann also die Beschränkung in §. 14. des Gesetzes gar keine Anwendung finden. Er muß die Reduction seines Kures auf weniger denn $\frac{1}{100}$ eintreten lassen und das Bergamt muß diese Reduction bewirken.

Die gesetzliche Beschränkung kann einem solchen bergamtlichen Vorschreiten nicht entgegenstehen, denn sonst hätte das Gesetz eine Disposition treffen müssen, in welcher andern Weise vorzuschreiten sei. Namentlich hätte in dem zweiten Satz von §. 13. der Ausführungsverordnung, wenn man auf die Bestellung eines Bevollmächtigten recurriren wollte, wie Bl. — vorgeschlagen wird, neben der Erbschaft und Schenkung der Consolidation ausdrücklich mit gedacht werden müssen.

Wenn also, wie dies im Rechtstaate nicht anders erwartet werden darf, das Kureigenthum, als privatrechtliches Verhältniß, innerhalb der bergverfassungsmäßigen Grenzen geschützt werden soll, so kann bei Consolidationen auf die in §. 14. des Gesetzes gedachte Beschränkung keine Rücksicht genommen werden. Der einzelne Gewerke, der sich vielleicht wider Willen dem von der Majorität gefaßten Consolidationsbeschluß fügen muß, darf mindestens so viel beanspruchen, daß er ohne unbedingte Nothwendigkeit nicht überhaupt aus seinem Kurbesitz getrieben werde.

Formell steht dieser Rücksichtnahme in der That auch kein Bedenken entgegen. Die Bergämter müssen, so lange die vor Einführung der neuen Bergverfassung zugewährten überkleinen Bruchtheilkure nicht im Zwangswege beseitigt werden, tagtäglich solche Bruchtheile umgewähren. Bruchtheilkure, welche aus Consolidationen hervorgehen, dürften aber den vor der neuen Verfassung gegebenen Bruchtheilen rücksichtlich ihrer von dem speciellen Willen des Kurinhabers nicht weiter abhängigen Existenz sehr ähnlich sein. Sodann aber muß insbesondere der letzte Satz des oft citirten §. 13. der Ausführungsverordnung ins Auge gefaßt werden. Durch diesen wird ausdrücklich bestimmt, daß bei Consolidationen mehrerer Gruben die Gesammtzahl der Kure ebenfalls auf 128 zu reduciren sei. Für die Modalität dieser Reduction ist aber nichts vorgeschrieben, und es muß daher für selbige eine größere Freiheit beansprucht werden, als auf den ersten Blick aus der Beschränkung in §. 14. des Gesetzes zu folgen scheint.

Indem Man also das Bergamt für berechtigt und verpflichtet erachtet, in Folge des Consolidationsbeschlusses die Zugewährung der ausfallenden Bruchtheilkure ohne Rücksicht auf die beiden letzten Sätze von §. 14. des Gesetzes vom 22. Mai 1851 vorzunehmen, erfolgt hierdurch eine Abänderung der bergamtlichen Resolution Bl. — und eine Erledigung des gegen diese Resolution eingewendeten Recurses.

4.

Die Kostenübertragung war den Recurrenten auch insoweit, als sich ihre Rechtsmittel erledigen, um deswillen aufzuerlegen, weil zunächst der Beschluß, daß die Consolidation durch einen vorausgehenden Auskauf der Berggebäude Bergmanns Lust-Fundgrube und Rudolph Erbstolln bewirkt werden solle, als in der Tagesordnung nicht angekündigt, überhaupt unhaltbar war und auch ohne den eingewendeten Recurs rejicirt werden mußte, und weil sodann der eigentliche Consolidationsbeschluß durch die von den Gewerkschaften in ihren Majoritäten vorgelegte Fassung gleich von vornherein einige Unklarheiten erhalten hatten."

Auf hiergegen von der Minorität eingewendeten Recurs bestätigte das Hohe Königl. Finanzministerium unterm 25. August 1853 die oberbergamtliche Entscheidung und fügte zum Verständniß von §. 14. des Berggesetzes noch Folgendes bei:

„Wie unbegründet endlich selbst die gegen die gesetzliche Möglichkeit der Ausführung der Consolidation gemachten Einwendungen waren, geht daraus hervor, daß nach der Bl. — erfolgten Auseinandersetzung die Vorschrift §. 14. des Gesetzes vom 22. Mai 1851 auf Consolidationsfälle gar nicht zu beziehen ist, eine Ansicht, welcher (des Bl. — von Recurrenten geschehenen Einwandes ungeachtet) auch das Finanzministerium beitritt, indem es sich bei der Consolidation nicht um eine Veränderung der wirklichen Größe der Kurtheile, sondern nur um eine dem quantitativen Werthe des Ganzen, auf welches sich die Kure beziehen, angepaßte veränderte numerische Bezeichnung derselben handelt, während sich ihr absoluter Werth (die Richtigkeit des vereinbarten Consolidationsmodus vorausgesetzt) nicht ändert, die Bestimmung in §. 14. des Gesetzes vom 22. Mai 1851 aber in Ansehung der bereits bestehenden Gruben nur für eine wirkliche, nicht blos nominelle Aenderung des Kurtheilungsverhältnisses maaßgebend ist."

## 8.

### Der Grundsatz „agere non valenti non currit praescriptio" leidet keine Anwendung auf die durch das Gesetz vom 23. Juli 1846 eingeführte dreijährige Verjährungsfrist.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. K. in L.

Am 29. November 1850 wendete sich der Innungsmeisterverein in L. an das Königl. Justizministerium mit der Bitte, das Gesetz vom 23. Juli 1846 nach der Rechtsregel, daß gegen den, der nicht klagen könne, die Verjährung nicht laufe, im Verordnungswege zu Gunsten des Gläubigers zu interpretiren, erhielt aber darauf folgenden Ministerialerlaß:

„Auf Ihre Eingabe vom 29. vorigen Monats, die Unterbrechung der durch das Gesetz vom 23. Juli 1846 eingeführten Verjährung betreffend, wird Ihnen Folgendes eröffnet:

Die Regierung ist bei der Vorlage des gedachten Gesetzes allerdings von der Voraussetzung ausgegangen, daß alle Diejenigen, welche bei diesem Gesetze als Gläubiger interessirt sind, die durch das Gesetz dargebotene dreijährige und inmittelst für den erstmaligen Ablauf noch um ein Jahr verlängerte Frist in Zeiten benutzen würden, um für die Erledigung rückständiger Forderungen der fraglichen Art, oder doch für Unterbrechung der laufenden Verjährung, namentlich gegen abwesende Schuldner, zu sorgen, daß aber Forderungen an Personen, deren Aufenthalt innerhalb jener Frist nicht ermittelt werden kann, ohnehin wohl für den Gläubiger verloren sein würden, dafern nicht der Schuldner später, was ihm auch nach dem Gesetze vom 23. Juli 1846 freisteht, annoch freiwillig bezahlt; daß aber für die Zukunft den Gläubigern, welche durch das Gesetz berührt werden, eine Menge von Forderungen, die jetzt in Folge einer oft durch Zudringlichkeiten und Vorspiegelungen von Seiten schlechter Schuldner abgenöthigten Nachsicht verloren gehen, gerade dadurch erhalten werden würden, daß das Gesetz ihnen eine Waffe in die Hand giebt, um alle Zudringlichkeiten solcher Art mit der Berufung auf die drohende Verjährung zurückzuweisen, und ohne Ansehen der Person entweder rechtzeitige Zahlung oder doch ein schriftliches Zahlungsversprechen, das mit kurzen Worten unter die Rechnung gebracht werden kann, und wodurch die dreijährige Verjährung völlig beseitigt wird, zu verlangen, ohne daß hierin eine Indiscretion von Seiten der Gläubiger gefunden werden kann.

Man trägt daher, abgesehen von der Kürze der Zeit bis zum Jahresschlusse, die zur verfassungsmäßigen Durchführung einer jedenfalls nur im Gesetzgebungswege herbeizuführenden Aenderung oder authentischen Erklärung des Gesetzes kaum ausreichen würde, um so mehr Bedenken, von dem auch durch das Gesetz vom 20. Juni 1846, die Unterbrechung der Extinctivverjährung betr., anerkannten Grundsatze, daß die Verjährung nur durch einen Act, der dem Schuldner bekannt wird, unterbrochen werden kann, wiederum abzugehen, als eine Sanction der Art, daß das Gesetz gegen Schuldner von unbekanntem Aufenthalte nicht eintreten solle, nur zu einer Anzahl von Processen führen würde, deren Ausgang in den meisten Fällen für den Gläubiger ungünstig ausfallen dürfte, da die Ermittelung des Aufenthalts des Schuldners nicht dem Gericht, sondern dem Gläubiger obliegt.

Dresden, den 9. December 1850.

Ministerium der Justiz.

Für den Minister:

D. Treitzschke."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von Bernhard Tauchnitz in Leipzig.

№ 5. Neue Folge Zweiter Jahrgang. 1854.

### 9.

### Ueber die Berechnung der legitima im Falle einer inofficiösen Schenkung.

Mitgetheilt von

Herrn O. —r in D.

Da die den nachstehenden Entscheidungen zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse aus denselben selbst hervorgehen, so läßt Einsender diese Entscheidungen sofort folgen:

Urthel des Königl. Spruchcollegiums zu Leipzig.

„Daß Kläger mit Recognition der Gegenbeweisurkunden unter I. II. III. und V., als gerichtlicher und öffentlicher, und unter IV., da selbige ohne Einfluß auf Entscheidung der Sache ist, zu verschonen, es ist aber dem Beklagten auf erstere bei dem abgesetzten Hauptverfahren sich zu beziehen unbenommen gewesen.

Ferner bedarf es der Eidesleistung über die in das Gewissen der Kläger gestellten Gegenbeweisartikel, auf welche dieselben durchgängig mit Nichtwissen und verneinend geantwortet, nicht.

Würde nun, die Hauptsache anlangend, Beklagter mittelst Eides erhalten und

„daß sein Vater, J. Ch. Sch., J. G. Phil.'n zu O. vor dem Abschlusse des Bl. — ersichtlichen Kaufes die Summe von 250 Thlrn. —⁄— Conventionsmünze als Darlehn geschuldet, er bei diesem Kaufabschlusse mit Genehmigung Phil.'s sothanes Darlehn zur Bezahlung aus eignen Mitteln übernommen, auch später an Phil.'n wirklich berichtigt habe,"

schwören, so haben Kläger Dasjenige, was ihnen zu beweisen obgelegen, nur in soweit, daß Beklagter einen Betrag von 65 Thlrn. 3 Ngr. 1 Pf. ad supplendam legitimam den Klägern zu gewähren schuldig, zur Genüge dargethan, im Uebrigen aber, wie Recht, nicht erwiesen:

derowegen Beklagter sothane 65 Thlr. 3 Ngr. 1 Pf. nebst Zinsen des Verzugs, jedoch nur von Zeit behändigter Ladung an gerechnet, denselben zu bezahlen schuldig, im Uebrigen aber von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen,

und werden die Proceßkosten, auch soweit darüber nicht bereits rechtskräftige Bestimmung getroffen worden, zwischen den Parteien compensirt."

Entscheidungsgründe:

„Nach dem rechtskräftigen Beweisinterlocute Bl. — flg. hat den Klägern der Beweis obgelegen, daß durch den Bl. — flg. in Abschrift ersichtlichen, zwischen ihrem Vater, J. Ch. Sch., als Verkäufern, und dem Beklagten als Käufern abgeschlossenen Kauf, sowohl nach den Vermögensverhältnissen des Verkäufers, wie solche zur Zeit des Kaufabschlusses bestanden, als nach den Kräften seines Nachlasses zu Gunsten des Beklagten eine Verletzung ihrer Pflichttheile eingetreten sei.

Kläger haben diesen Beweis Bl. — flg. rechtzeitig angetreten, und es ist dessen Ergebniß unter folgenden Gesichtspunkten zu erörtern:

A.

Zunächst ist es klar, daß von einer inofficiösen Begünstigung des Beklagten gar nicht die Rede sein könnte, wenn nicht das Grundstück durch dessen käufliche Ueberlassung unter dem wahren Werthe die inofficiosa donatio verhangen worden sein soll, wirklich unter dem wahren Werthe verkauft worden.

Zu Beantwortung der Frage, ob solches der Fall, bedarf es

1.

der Ermittelung des wahren Werthes des Kaufobjects zur Zeit des Kaufsabschlusses (den 18. Juli 1839) und

2.

der Erörterung dessen, was Beklagter dafür gewährt hat.

Ad 1.

Den Beweis des wahren Werthes des verkauften Grundstücks im Jahre 1839 betreffen art. 21—57. Bl. — ff.

Es kommen dabei, wenn man im Wesentlichen der Reihenfolge der Beweisführer sich anschließt, folgende Positionen in Betracht:

a.

die darauf haftenden Gerechtsamen (art. 21 flg.). Kläger suchen zunächst durch Zeugen,

Testis I. der vormalige Communeinnehmer und Bauergutsbesitzer G. Sch.,

Testis II. der Gerichtsschöppe und Hausbesitzer J. G. Sch.,

Testis III. der Halbbauer J. G. Sch.,

den Umfang derselben darzuthun. Man kann jedoch von einer näheren Angabe ihrer Depositionen Umgang nehmen, da dieselben im Wesentlichen nur ungenügende Aufschlüsse geben und dieser Punkt durch das Gutachten der Sachverständigen ad art. 31. Bl. — in rechtliche Gewißheit gesetzt ist.

Hiernach betrug der Werth dieser Gerechtsame, mit Ausschluß des besonders abgelösten Rechtes des Streuerholens und der Hutung aus und in Rittergutswaldung, im Jahre 1839

500 Thlr. —ˢ —ˢ, wozu für die letztbemerkten Befugnisse, wenn man davon den Betrag der ebenfalls abgelösten Verpflichtungen gegen die Rittergutsherrschaft abzieht,

16 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf. Capital kommen.

Kläger machen gegen die Richtigkeit dieser Schätzung Bl. — geltend, daß sie viel zu niedrig ausgefallen und ganz willkürlich sei. Allein, abgesehen davon, daß die Unterlagen, welche sie zu Rechtfertigung dieser Behauptung anführen, in keiner Weise beigebracht sind, auch ihnen, namentlich was das Schlachten und Backen angeht, die Depositionen ihrer eigenen Zeugen

Dep. test. I. II. III. ad art. 30. et interr. Bl. —

entgegenstehen, das Urtheil in Betreff des Werthes der Schenkgerechtigkeit aber durch

516 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf. Latus.

516 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf. Transport.

das diesfalls Bl. — Bemerkte zur Genüge motivirt ist, so liegt wenigstens kein Grund vor, um anzunehmen, daß die Sachverständigen ihr Urtheil wider Pflicht und besseres Gewissen abgegeben haben, und es hat daher lediglich bei selbigem sein Bewenden.

b.

Ferner ist der Werth der Fluren für das Jahr 1839 durch eben diese Sachverständigen zu art. 42. Bl. — auf

1760 Thlr. —ˢ —ˢ, und der der Gebäude ad art. 47. Bl. — auf

675 Thlr. —ˢ —ˢ ermittelt, und es stellt sich hiernach der Gesammtwerth brutto nach art. 56. Bl. —

2951 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf.

Es ist hier auch noch zu gedenken, daß hinsichtlich des Antheiles an den Gemeindegrundstücken die Versicherung der Sachverständigen Bl. —, wie dessen Werth durch die Gegenleistungen compensirt worden, bei dem Mangel entgegenstehender Momente Glauben finden muß.

Die Einwände der Kläger Bl. — gegen diese Taren entbehren der Begründung. Der Umstand, daß die Steuereinheiten im Jahre 1839 dieselben waren, welche sie jetzt sind, giebt ein Anhalten für die Unrichtigkeit der Abschätzung nicht, indem er höchstens den Schluß rechtfertigen könnte, daß Beklagter im Laufe der Zeit den Culturzustand verbessert hat. Auch ist die Tare in keinem unebenen Verhältnisse mit der im gemeinen Leben üblichen ungefähren Berechnung des Werthes eines Grundstückes nach Steuereinheiten. In Betreff des Gartens kommt in Betracht, daß die Auszügler die Auswahl desjenigen Gartentheils gehabt haben, welchen sie zum Auszug benutzen wollten, weshalb eine Durchschnittberechnung nach dem Tarwerthe des ganzen Gartenareals unthunlich ist. Ebenso ist in Betreff der Gebäude in Betracht zu ziehen, daß deren Werth nicht blos um die wirklichen Meliorationen, sondern seit dem Jahre 1839 notorisch nicht unerheblich im Allgemeinen gestiegen ist.

c.

Bei Ausmittelung des Capitalbetrages der Oblasten haben die Sachverständigen die ihnen nach Bl. — zur Hand gewesenen öffentlichen Urkunden benutzt, und es hat diese Berechnung deshalb nothwendiger Weise stattfinden müssen, weil auch die des Werths der Grundstücke unberücksichtigt der Oblasten erfolgt ist. Im Betreff der Bl. — angegebenen Gesammtsumme an 1554 Thlr. 20 Ngr. —ˢ ist jedoch Folgendes zu bemerken:

aa.

Der Auszug oder deſſen Capitalwerth iſt nicht an dieſer Stelle in Abzug zu bringen, da es nicht eine fortdauernde Leiſtung, ſondern nur eine vorübergehende iſt.

Deſſen Werth iſt vielmehr, wie bereits Bl. — ausgeſprochen worden, dem Kaufpreiſe zuzuſchlagen. Könnte es nämlich gleich nach dem urſprünglichen Begriffe des reservati rustici den Anſchein gewinnen, als wenn der Auszug einen Theil des verkauften Gutes ausmache, welchen ſich der Verkäufer in Nutzungen deſſelben vorbehalten hat, ſo kann doch dieſe Auffaſſungsweiſe deshalb nicht Platz ergreifen, weil eben auch nach ſolcher nur ein Theil der Nutzungen auf eine gewiſſe Zeit (bis zu einem dies certus an, incertus quando) reſervirt iſt. Auch hat man in der Praxis ſtets, z. B. auch bei Berechnung des Lehngeldes, den Werth des Auszugs der baaren Kaufſumme zugeſchlagen.

Kori, in deſſen und v. Langenn Erörterungen, Bd. III. No. XII. S. 103.

bb.

Ferner aber ſind von dem Capitalwerthe der wirklichen Oblaſten, wie ſich Beklagter deſſen art. reprob. 18. b. Bl. — ſelbſt beſcheidet, diejenigen 77 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf. in Abzug zu bringen, welche ſich ergeben, wenn man die Oblaſtenzubußen der Avulſen capitaliſirt.

Der Einwand der Kläger Bl. — gegen die Berückſichtigung der Oblaſten iſt gänzlich ungegründet; und es würde ſogar ein Mangel der diesfalls erforderlichen Unterlagen ihnen als ein Fehler des Beweiſes anzurechnen ſein, da es ihre Pflicht war, alles Material zu beſchaffen, was zu Ermittelung des Werthes des Grundſtückes erforderlich geweſen. Sie können ſich daher nicht beſchweren, wenn die Sachverſtändigen dieſem Mangel durch Einſicht der betreffenden Urkunden abgeholfen haben.

Hiernach ſtellt ſich, wie Beklagter Bl. — richtig berechnet, der Capitalwerth der Abgaben auf 1079 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf. und ſomit, wenn man dieſen von dem Bruttowerthe der Grundſtücke und Gerechtſame abzieht, der Nettowerth auf

1871 Thlr. 10 Ngr. — Pf. und unter Hinzurechnung des Werthes des Inventars an

250 „ — „ — „ auf

2121 Thlr. 10 Ngr. — Pf. Summa heraus.

ad 2.

Für dieſen wahren Werth hat nun Beklagter Folgendes gewährt:

a.

An Kaufgeld, wie ſolches im Kaufe ausgedrückt zu befinden, 350 Thlr. —„ —„ in 35 halbjährigen, jedoch, was den erſten anlangt, erſt nach Jahresfriſt fällig werdenden Terminen mit je 10 Thlrn. —„ —„ zahlbar. Hier iſt nun allerdings das Interuſurium abzuziehen, und deſſen Betrag an 118 Thlrn. 8 Ngr. 4 Pf., wie ſolcher von Klägern art. 14. wenigſtens nicht zum Nachtheile des Beklagten berechnet worden, vergl. Reinhardt, arithmetiſches Handbuch, S. 107. jct. 106.]

von der Termingelderſumme zu kürzen, ſo daß hier

231 Thlr. 21 Ngr. 6 Pf.

in Anſatz kommen.

b.

Der Capitalbetrag des Auszugs.

Hierbei iſt jedoch die von den Sachverſtändigen ad art. 20. Bl. — gegebene Hauptſumme nicht genau; wenn es auch unbedenklich fällt, die einzelnen Poſitionen derſelben, ſo wie den Satz zum Grunde zu legen, daß die Lebensdauer beider Auszügler auf je fünf Jahre zu berechnen iſt.

Kori, a. a. O.

Es iſt nämlich der Werth des Auszugs folgendergeſtalt zu berechnen:

Soviel zunächſt die Bl. — mit 71 Thlrn. 17 Ngr. —„ bemerkte Summe angeht, ſo darf ſolche nicht nach dem fünffachen Betrage ſchlechterdings in Anſatz gebracht werden, da dieſe fünf Jahresbeträge nicht auf einmal, ſondern in einjährigen Intervallen zu bezahlen geweſen, ſomit auch hier das Interuſurium in Abrechnung kommt; Letzteres berechnet ſich nach

Reinhardt, a. a. O.

auf 47 Thlr. 25 Ngr. —„, und es beträgt daher der Zeitwerth dieſer Auszugstheile

310 Thlr. —„ —„.

Ebenſo kommt, bei den 10 Thlrn. —„ —„ Begräbnißgeld, das einfache Interuſurium auf fünf Jahre in Abzug, da ſelbiges eben präſumtiv erſt nach Ablauf des fünften Jahres fällig wird. Berechnet ſich nun der Betrag dieſes interusurii auf 2 Thlr. 5 Ngr. —„, ſo giebt dies

7 Thlr. 25 Ngr. —„.

Dagegen kommt das Aequivalent für das Ausgedinge unter No. 20. Bl. — an

30 Thlrn. —„ —„

voll in Anſatz, da ſelbiges im Zweifel ſofort fällig geworden, ſo daß der Geſammtbetrag des Auszugswerthes ſich auf

347 Thlr. 25 Ngr. —„

berechnet.

Von den Einwendungen der Kläger Bl. — iſt die unter 1., das Interuſurium betreffend, berück-

sichtigt worden. Dagegen sind die Behauptungen sub 2. mit irgend Etwas nicht belegt. Ebenso ist ad 3. einzuhalten, daß, wenn der Auszügler die Wahl zwischen zwei Gegenständen von verschiedenem Werthe hat, der werthvollere allerdings in Berechnung zu ziehen ist, da Derjenige, welchem das Wahlrecht zusteht, im Zweifel den letzteren wählen wird.

Die Ausstellungen unter 4. endlich beruhen auf augenfällig falschen Schlußfolgerungen und auf unrichtiger Interpretation des Kaufs.

c.

Außer diesen Beträgen, deren Unterlagen auf Einverständniß der Parteien beruhen, hat Beklagter noch zweier Posten in seinem Gegenbeweise als Zahlungen gedacht.

aa.

Im Gegenbeweisartikel 54. und 55. Bl. — nimmt derselbe darauf Bezug, daß er seinem Vater noch vor gerichtlicher Vortragung des Kaufs ein Angeld von 100 Thlrn. —ˏ —ˏ baar bezahlt habe. Kläger haben diesen Artikel Bl. — mit nesciendo beantwortet und den darüber angetragenen Eid eventuell stillschweigend angenommen. Allein es erscheint diese Post als versäumt, da es jedenfalls nach demjenigen Gesichtspunkte, welcher bei Abfassung des Beweisinterlocuts in allen drei Instanzen festgehalten worden ist, Sache des Beklagten gewesen wäre, dieser Post ebenso, wie der bei exc. 2. c. Bl. — erwähnten, bereits im Verfahren zu gedenken. Es bedarf daher der Eidesleistung über diese Artikel allerdings, wie Kläger Bl. — richtig bemerken, nicht.

bb.

Dagegen kommt die Post der 250 Thlr. —ˏ —ˏ, deren art. 28. flg. Bl. — Erwähnung geschehen, bei Berechnung Dessen, was Beklagter gewährt hat, in Betracht. Nach seinem vorgedachten Anführen hat er nämlich eine Summe von 250 Thlrn. —ˏ —ˏ, welche sein Vater einem gewissen J. G. Phil. geschuldet, mit Abschluß des Verkaufes zu eigener Verzinsung und Abführung übernommen, auch wirklich an Phil. abgeführt. Zum Beweis dieser Thatsachen bedient sich Beklagter theils der Urkunde sub IV. des Bl. — ersichtlichen Zinsquittungsbuches, theils eines Zeugen, des früheren Gläubigers Phil., theils des Eidesantrages über art 65.

Kläger haben die Recognition der Gegenbeweisurkunde sub IV. Bl. — deprecirt und sich zu deren Diffession Bl. — erboten. Daß diese Urkunde unter den vorwaltenden Umständen, wenn schon documentum alienum, an sich recognoscibel ist, bedarf keines besonderen Nachweises, und eben so stellen sich die Einwendungen gegen die Form derselben als unerheblich dar, da der Mangel des datum bei der Unterschrift durch die in dem Conterte selbst ersichtlichen Zeitangaben beseitigt ist. Dennoch war auf den Diffessionseid nicht zu erkennen, weil dieselbe an sich einen vollen Beweis nicht liefert und Dasjenige, wofür aus ihr ein Fundament für einen künstlichen Beweis hergeleitet ist, durch andere Beweismittel des Näheren dargethan wird.

Es hat nämlich der obbemerkte Zeuge Bl. —, unter Recognition jener Quittungen, zur Genüge bestätigt, daß die Ueberweisung einer Capitalschuld von 250 Thlrn. —ˏ —ˏ, welche er bei Beklagtens Vater zu fordern gehabt, auf Beklagten mit seiner Einwilligung zu der Zeit erfolgt ist, wo Letzterer das betreffende Grundstück käuflich erworben, und daß dieser von da an die Verzinsung besorgt und an ihn das Capital später zurückgezahlt hat.

Es rechtfertigt dies daher einen Erfüllungseid für Beklagten, neben welchem das delatum über art. 65., abgesehen von der Frage, ob diesfalls nicht eine unstatthafte Cumulation des Eidesantrages mit anderen Beweismitteln zu befinden, als überflüssig sich dargestellt.

Noch ist jedoch zu erörtern, inwiefern der vorersichtlichen Auffassung die Rationen zweiter Instanz Bl. — entgegenstehen möchten, indem dort ausdrücklich bemerkt ist, es werde der Betrag der übernommenen Schulden nicht zum Kaufpreise hinzuzurechnen sein. Allein der Nachsatz zeigt, daß man die Berücksichtigung dieser Post bei der Berechnung nicht ausschließen wollen, und es erklärt sich die verschiedene Auffassung der Berechnungsmodalität dadurch, daß sich nach dem Einlassungssatze nicht mit völliger Bestimmtheit übersehen ließ, inwiefern diese Ueberweisung mit dem Kaufgeschäfte in unmittelbarem Zusammenhange stand oder nicht.

Wollte man aber diese Summe nicht hier in Aufrechnung bringen, so würde sich zwar die Differenz zwischen dem wahren Werthe und dem Kaufpreise um so viel erhöhen, es würde jedoch, wie Bl. — angedeutet worden, dieser Betrag als eine Compensationspost gegen das ad supplendam legitimam Herauszuzahlende in Anrechnung kommen, so daß das Resultat dasselbe bliebe.

Bringt man also diese

256 Thlr. 28 Ngr. 4 Pf.

in Anschlag und rechnet sie zu den Posten unter a. und b. hinzu, so ergiebt sich, daß Beklagter nur

836 Thlr. 15 Ngr. —ˏ

dem Verkäufer gewährt hat, und es ist daher allerdings klar, daß Beklagter bei dem betreffenden Kaufe um die Summe von 1284 Thlrn. 25 Ngr. —ˏ von seinem Vater begünstigt worden ist.

B.

Hierdurch ist aber noch keineswegs dargethan, daß eine Pflichttheilverletzung der Kläger stattgefunden, vielmehr kommt es darauf an, welches das Vermögen des Verkäufers unmittelbar vor dem Kaufabschlusse gewesen.

Dasselbe bestand in Folgendem:

1.

Die Activen betrugen:

a.

2121 Thlr. 10 Ngr. —₰ oben unter A. 1. in line ermittelter Werth der an Beklagten veräußerten Immobilien und Mobilien.

b.

32 Thlr. —₰ —₰ Werth der Mobilien (art. prob. 64. Bl. —, art. reprob. 26. Bl. —).

c.

500 Thlr. —₰ —₰ Betrag der Conferenda, wie solcher in der Klage art. 66. jct. 71 ff. von den Klägern behauptet worden und vom Beklagten selbst art. reprob. 26. Bl. — nachträglich zugestanden worden ist, weshalb auch auf die art. 71. flg. Bl. — erörterte, und nach der Zeugenaussage ad art. 75. Bl. — mindestens bis zu einem Suppletorium ermittelte Entstehungsart des Conferendi des Beklagten an 50 Thlrn. —₰ —₰ nicht weiter einzugehen ist.

Weiter hat zwar

d.

Beklagter art. reprob. 70. ff. Bl. — darauf Bezug genommen, daß sein Vater dem Mitkläger J. G. Sch. außer der von ihm eingeräumten baaren Mithülfe an 50 Thlrn. —₰ —₰ noch eben so viel durch Fuhren als dergleichen gewährt habe. Allein es stellt sich dieses Vorbringen nicht als schlüssig dar, zumal wenn man berücksichtigt, daß sich Beklagter diesfalls nur des Eidesantrages als Beweismittel bedient hat, und für dieses Beweismittel das Vorbringen namentlich insofern zu allgemein ist, als gar nicht angegeben, auf welche Entfernung die Fuhren geleistet worden. Wenn nämlich, auch abgesehen von diesem Bedenken, Beklagter aus dieser Leistung von Fuhren ein Conferendum herleiten wollen, so hätte es des Anführens specieller Umstände bedurft, um diese Leistung als solches zu charakterisiren. Wie nämlich schon dann, wenn bei einem Baue ein Nachbar dem anderen unaufgefordert Baufuhren thut, ohne den Hinzutritt besonderer Umstände eine Liberalität zu vermuthen sein dürfte, so tritt diese Vermuthung noch stärker hervor, wenn zwischen dem Leistenden und dem Empfänger ein so nahes Verhältniß, wie zwischen Vater und Sohn, obwaltet. Es würde daher diesfalls die Präsumtion für eine reine Schenkung streiten, welche bekanntlich nicht unter den Begriff der Conferenda fällt. Allerdings würde es sich fragen, inwiefern diese Grundsätze um deswillen eine Ausnahme leiden müßten, weil auch Beklagter angehalten werden soll, Etwas herauszugeben, was ihm geschenkt worden ist; allein, wollte man auch, mit Rücksicht darauf, das materielle Bedenken als beseitigt erachten, so würde doch das formelle, bereits obangedeutete der Beachtung dieser Post entgegenstehen. In der Berechnung selbst wird übrigens hierunter Etwas nicht geändert, da Kläger die betreffenden Artikel Bl. — verneint und den angetragenen Eid stillschweigend angenommen haben.

Somit stellt sich die Activmasse auf 2653 Thlr. 10 Ngr. —₰.

2.

An Passiven dagegen haben Kläger Etwas nicht angeführt, wogegen Beklagter, außer auf obbemerkte

a.

250 Thlr. —₰ —₰ Darlehnsschuld an Phil., annoch

b.

art. 34—43. darauf Bezug genommen, daß sein Vater von seiner Mutter 97 Thlr. 19 Ngr. —₰ Einbringen in den Händen gehabt. Die erfolgte Illation erhellet aus der gerichtlichen Urkunde Doc. reprob. V. Bl. —, und der Eidesantrag käme nur bei art. 38. und 39. in Frage. Allein es bedarf dieser Eidesleistung nicht, da das Anführen eines Einbringens ein Zugeständniß Seiten des Beklagten enthält, indem sich zwar der Betrag des Pflichttheiles der Kläger um Etwas, nämlich um die Hälfte dieses Einbringens, vermindert, dagegen aber deren ganzer Betrag dem Vermögen des Verkäufers, wie solches zur Zeit des Verkaufes bestanden, abgeht, und somit die Summe dessen, was ad supplendam legitimam erforderlich ist, sich erhöht. Es können daher diese 97 Thlr. 19 Ngr. —₰ voll in Ansatz gebracht werden, so daß die Summe der Passiven 347 Thlr. 19 Ngr. —₰ betragen haben würde.

Bringt man nun von den Activen an

2653 Thlr. 10 Ngr. —₰ diese Passiven an
347 „ „ 19 „ —₰ in Abzug, so bleibt

2305 Thlr. 21 Ngr. —₰ Vermögensmasse unmittelbar vor dem Kaufabschlusse.

C.

Bei der Existenz von sieben Kindern beträgt demnach die Intestaterbportion 329 Thlr. 11 Ngr. 5 Pf., indem kein Grund vorliegt, warum Beklagter nicht mit gerechnet werden sollte. Auch enthält die Bl. — angezogene Stelle der Abhandlung eines geachteten Rechtslehrers Etwas nicht, was dieser Annahme entgegen steht. Vielmehr stellt sich der

dem Beklagten durch den Kauf zugewiesene Vortheil, wie schon das von Klägern zu dessen Anfechtung gewählte Rechtsmittel an die Hand giebt, als eine reine Schenkung dar, welche das Erbrecht nicht ausschließt, jedoch nach dem bereits obgedachten Grundsatze auch nicht der Collation unterliegt, wogegen Beklagter allerdings als gehalten geachtet werden muß, die in art. prob. 71. gedachten 50 Thlr. —ₛ —ₛ zu conferiren. Diese Grundsätze haben übrigens, wenn selbige auch an sich nicht zweifellos sind, und namentlich Das, was Curtius §. 931. ff. hierunter bemerkt, eine Menge Unklarheiten und Widersprüche involvirt, in dem Beweisinterlocute bereits Anerkennung gefunden, indem sonst nicht beiden Theilen der Beweis der gegenseitig nicht allenthalben zugestandenen Collationsposten auferlegt, resp. nachgelassen werden können.

Hiernach beträgt nun der Pflichttheil eines jeden der Kläger die Hälfte jener 329 Thlr. 11 Ngr. 5 Pf., somit 164 Thlr. 20 Ngr. 7½ Pf. Um jedoch zu untersuchen, ob eine Pflichttheilsverletzung stattgefunden, genügt es, an dieser Stelle den Pflichttheil im Allgemeinen als Hälfte des Nachlasses zu bezeichnen, und es beträgt selbiger danach

1152 Thlr. 25 Ngr. 5 Pf.

Nach dem Verkaufe waren nun vorhanden

a.

an Activen:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 231 Thlr. | 21 Ngr. | 6 Pf. | | Termingelder, |
| 347 ₍₎ | 25 ₍₎ | — ₍₎ | | Werth des Auszugs, |
| 500 ₍₎ | — ₍₎ | — ₍₎ | | Conferenda, |
| 32 ₍₎ | — ₍₎ | — ₍₎ | | Mobilien, |
| 1111 Thlr. | 16 Ngr. | 6 Pf. | | |

dagegen

b.

an Passiven:

97 Thlr. 19 Ngr. —ₛ Einbringen der Ehefrau,

somit

1013 Thlr. 27 Ngr. 6 Pf. Vermögen.

Zieht man diesen Betrag von dem obberechneten Pflichttheilsbetrage an

1152 Thlrn. 25 Ngr. 5 Pf.

ab, so ergiebt sich ein Deficit von

138 Thlrn. 27 Ngr. 9 Pf.,

welches diejenige Summe repräsentirt, die ad supplendam legitimam erforderlich sein würde, an der jedoch Beklagter wieder seinen Antheil hat.

Hierbei ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn man die Phil.'sche Schuld der 250 Thlr. —ₛ —ₛ nicht als vom Beklagten an Zahlungsstatt übernommen ansehen würde, dennoch dasselbe Resultat sich ergiebt. Es würde sich zwar die Summe der 1013 Thlr. 27 Ngr. 6 Pf. um 250 Thlr. —ₛ —ₛ vermindern und somit das Deficit um 250 Thlr. —ₛ —ₛ erhöhen, allein Beklagter wäre natürlich Derjenige, der dieses Passivum von den Activen einhöbe, als wodurch er denn in keinem Falle mehr als jetzt herauszuzahlen hätte.

D.

Es ist nun zu untersuchen, ob sich dieses Deficit etwa in der Zeit bis zum Tode des Erblassers gehoben hat. Es waren nach Einverständniß der Parteien vorhanden an Activen:

| | | | |
|---|---|---|---|
| 220 Thlr. | —ₛ | —ₛ | Termingelder, |
| 32 ₍₎ | —ₛ | —ₛ | Werth der Mobilien, |
| 500 ₍₎ | —ₛ | —ₛ | Conferenden, |
| 752 Thlr. | —ₛ | —ₛ | Sa.; |

dagegen war das Passivum der 97 Thlr. 27 Ngr. —ₛ durch den Tod der Ehefrau und Erbvergleich erledigt. Diese Summe steht also hinter der der 1013 Thlr. 27 Ngr. 6 Pf. noch bei weitem zurück, und es liegt also klar zu Tage, daß sich das Deficit nicht gehoben, ja nicht einmal vermindert, sondern vergrößert hat. Das Letztere tangirt Beklagten gar nicht, und ebensowenig kann, da eine Vermehrung des Vermögens von dem Verkaufe an nicht stattgefunden hat, von einer Theilung dieses Mehr nach Intestaterbtheilen die Rede sein.

Vergl. Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Pandekten, Bd. XXXVI. S. 119. und 121., als wonach auch die irrige Berechnungsweise Hommel's in Rhaps. Obs. DCII. §. 3. zu berichtigen ist.

Somit reducirt sich Alles auf den Stand von 1839, und es macht sich nunmehr folgende Berechnung nothwendig, um beurtheilen zu können, wie viel Beklagter den einzelnen Klägern zu gewähren habe.

E.

Das Vermögen bei dem Tode des Erblassers bestand nach dem ad D. Gedachten in

752 Thlrn. —ₛ —ₛ

als:

| | | | |
|---|---|---|---|
| 220 Thlr. | —ₛ | —ₛ | Termingelder, |
| 32 ₍₎ | —ₛ | —ₛ | Mobiliar, |
| 500 ₍₎ | —ₛ | —ₛ | Conferenda. |

Sa. uts.

Hierzu kommen diejenigen

138 Thlr. 27 Ngr. 9 Pf.,

welche nach dem ad C. Gedachten von dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Käufer dem Nachlaß zu gewähren, jedoch zugleich von ihm als Erben gleichzeitig zu percipiren sind.

Der Erbtheil eines jeden Miterben an der

890 Thlr. 27 Ngr. 9 Pf.

ausmachenden Summe beträgt hiernach

127 Thlr. 8 Ngr. 2½ Pf.,

deren Anweiſung in den verſchiedenen Erbſchaftsactiven deshalb verſchiedenes Reſultat giebt, weil die Erben ſich zunächſt ihre Conferenden anrechnen zu laſſen haben, dieſe aber verſchieden ſind.

Bei den Termingeldern müßte zwar, wenn es ſich um die wirkliche Erbregulirung handelte, eine Reduction der einzelnen Termine auf den Jetztwerth vorgenommen werden; allein für den vorliegenden Fall genügt es, wenn man jeden Termin als unter alle ſieben Miterben gleichgetheilt annimmt, und man kann daher dieſe Poſt zum Nominalbetrag in Anſatz bringen.

Der Antheil eines jeden Miterben hiervon würde

31 Thlr. 12 Ngr. 8¼ Pf.

betragen.

Der Erlös der Mobilien iſt nach dem Geſtändniſſe in der Klage bereits gleich getheilt und es kommen hiervon auf jeden der Miterben

4 Thlr. 17 Ngr. 1 Pf.

Ferner aber haben nach der Klage die klagenden Miterben zuſammen 300 Thlr. —ſ. —ſ. Conferenda zu vertreten.

Nach dem Obigen betragen nun die Erbtheile dieſer vier Miterben zuſammen:

509 Thlr. 3 Ngr. —¼ Pf. Auf dieſe haben ſie ſich anrechnen zu laſſen:

| | | | |
|---|---|---|---|
| 300 Thlr. | — Ngr. | — Pf. | Conferenda, |
| 18 ſ. | 8 ſ. | 5¼ ſ. | Antheil an den Mobilien, und iſt |
| 125 ſ. | 21 ſ. | 4¾ ſ. | als Antheil der Termingelder in Anſchlag zu bringen, |
| 444 Thlr. | — Ngr. | — Pf., | ſo daß |

65 Thlr. 3 Ngr. —¼ Pf. die Summe Desjenigen iſt, was von Beklagtem an die klagenden vier Miterben auf Grund der ihm zu Theil gewordenen inofficiosa donatio herauszuzahlen iſt.

Die Vertheilung derſelben iſt den Klägern zu überlaſſen.

Nach Höhe dieſes Betrages iſt alſo der Beweis für gelungen anzuſehen, dagegen im Uebrigen eine Entbindung des Beklagten von der auf einen weit höhern Betrag gerichteten Klage einzutreten hat.

Die Compenſation der Proceßkoſten bedarf hiernach keiner beſondern Rechtfertigung."

Urthel des Königl. Appellationsgerichts zu Budiſſin am 14. März 1853.

„Daß es bei dem nurerwähnten Urthel in ſo weit, als darin erkannt worden, daß, dafern Beklagter den Bl. — vorgeſchriebenen Eid ſchwöre, Klägerinnen und Mitkläger Dasjenige, was ihnen zu beweiſen obgelegen, nur in ſo weit, daß Beklagter einen Betrag von 65 Thlrn. 3 Ngr. 1 Pf. ad supplendam legitimam den Klägerinnen und Mitklägern zu gewähren ſchuldig, zur Genüge dargethan, derowegen Beklagter ſothane 65 Thlr. 3 Ngr. 1 Pf. nebſt Zinſen des Verzugs, von Zeit behändigter Ladung an gerechnet, denſelben zu bezahlen ſchuldig, nicht zu laſſen, ſondern daſſelbe dahin abzuändern:

Würde Beklagter den Bl. — vorgeſchriebenen Eid leiſten, ſo haben Klägerinnen und Mitkläger Dasjenige, was ihnen zu beweiſen obgelegen, in ſo weit, daß Beklagter einer Jeden der beiden Klägerinnen am erſten Theile einen Betrag von 12 Thlrn. 2 Ngr. 4¾ Pf. und Jedem der beiden Mitkläger am andern Theile einen Betrag von 62 Thlrn. 2 Ngr. 4¾ Pf. ad supplendam legitimam zu gewähren ſchuldig, zur Genüge dargethan, derowegen Beklagter einer Jeden der beiden Klägerinnen am erſten Theile 12 Thlr. 2 Ngr. 4¾ Pf. und Jedem der beiden Mitkläger am andern Theile 62 Thlr. 2 Ngr. 4¾ Pf. nebſt Zinſen des Verzugs, von Zeit behändigter Ladung an, zu bezahlen verbunden.

Dagegen iſt im Uebrigen das vorgedachte Urthel, unter Compenſation der durch die eingewendeten Rechtsmittel entſtandenen Koſten, wie hiermit geſchieht, zu beſtätigen, auch das vom Beklagten Bl. — angebrachte Reſtitutionsgeſuch für unſtatthaft zu achten."

Entſcheidungsgründe:

„I.

Demjenigen, was in den dem vorigen Urthel beigefügten Entſcheidungsgründen Bl. — unter A. und B. ausgeführt worden, hat man in der Hauptſache beizutreten gehabt, und es iſt daher zu Widerlegung der von den Parteien hiergegen vorgebrachten Einwendungen nur noch Folgendes hinzuzufügen geweſen:

1.

Wenn Klägerinnen und Mitkläger gegen das Bl. — zu den Acten gebrachte Gutachten der Sachverſtändigen Ausſtellungen gemacht haben, ſo iſt ihnen einzuhalten, daß es bei dem Wegfall jenes Gutachtens an allen beweisfähigen Unterlagen für den ihnen obgelegenen Beweis, daß durch den Bl. — in Abſchrift befindlichen, zwiſchen ihrem Vater, J. Ch. Sch., und dem Beklagten im Jahre 1839 abgeſchloſſenen Kauf in Hinſicht auf den damaligen Werth des verkauften Grundſtücks und die Vermögensverhältniſſe des Verkäufers zu Gunſten des Beklagten eine Verletzung ihrer Pflichttheile erfolgt ſei, fehlen würde. Denn ſie hatten zu dieſem Behufe insbeſondere zu beweiſen, welchen Werth das hier in Frage befindliche Schenkengut zur Zeit des

Kaufes und in seinem damaligen Zustande gehabt habe, wie dies bereits Bl. — verbunden mit Bl. — ausdrücklich und rechtskräftig ausgesprochen worden. Es war daher keineswegs ausreichend, den dermaligen Werth des fraglichen Schenkenguts nachzuweisen, und es konnte sonach auch der Rechtsgrundsatz, daß Veränderungen nicht zu vermuthen sind, sie von dem ihnen rechtskräftig auferlegten Beweise des damaligen Werthes desselben nicht befreien, abgesehen davon, daß sie im 56sten Beweisartikel angeben, das gegenwärtig im Werthe von mindestens 5300 Thlrn. —‚ —‚ stehende Schenkengut habe zur Zeit des Verkaufes im Jahre 1839 einen Werth von mindestens 4750 Thlrn. —‚ —‚ gehabt, und daß sie hierdurch eine rücksichtlich desselben eingetretene Werthsveränderung selbst zugeben.

Ueber den Werth nun, welchen das mehrerwähnte Schenkengut im Jahre 1839 gehabt hat, geben die Aussagen der laut Bl. — abgehörten Beweiszeugen keine bestimmte Auskunft, vielmehr beruht in dieser Beziehung der Beweis lediglich auf dem von den Sachverständigen Bl. — abgegebenen Gutachten. Wollte man nun dieses Gutachten aus den von den Beweisführern angegebenen Gründen für unbeachtlich erklären, so würde es, da Letztere mit ihrem Antrage auf Wiederholung der Taration durch andere Sachverständige laut Bl. — rechtskräftig zurückgewiesen worden sind, am Beweise rücksichtlich des Werths, welchen das mehrerwähnte Schenkengut zur Zeit des Verkaufs an Beklagten gehabt hat, gänzlich fehlen.

Es würde daher nur noch die Frage haben entstehen können, ob nicht der von Klägerinnen und Mitklägern geführte Beweis als gänzlich verfehlt anzusehen, und daher Beklagter von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen gewesen wäre, wenn nicht Letzterer in seinem Gegenbeweise Bl. — selbst auf das Gutachten der Sachverständigen Bezug genommen und dasselbe den dort von ihm aufgestellten Berechnungen zum Grunde gelegt, hierdurch aber dessen Richtigkeit dergestalt anerkannt hätte, daß er dasselbe gegen sich gelten lassen muß. Es hat daher nur zum Vortheile der Klägerinnen und Mitkläger gereichen können, wenn das vorbemerkte Gutachten der Sachverständigen für rechtsbeständig erachtet, und dasselbe bei den aufgestellten Berechnungen als Grundlage angenommen worden ist, weshalb es der hiergegen von den Beweisführern erhobenen Einwendungen ungeachtet hierbei lediglich hat bewenden müssen.

2.

Die Klägerinnen und Mitkläger haben ferner Bl. — verbunden mit Bl. — die Behauptung aufgestellt, daß durch die Gegenbeweisurkunde sub V. die Thatsache der Illation von eheweiblichem Einbringen ihrer Mutter an ihren Vater, J. Ch. Sch., nicht dargethan werde. Allein dieser Einwand erscheint als völlig unbegründet, da in jener Urkunde, und zwar nach dem in rechtsgültiger Form aufgenommenen Protokolle vom 19ten November 1811. Bl. —, J. Ch. Sch. ausdrücklich bekannt hat, daß er für seine Ehefrau, M. D. geb. L., 50 Thlr. —‚ —‚, ingleichen 20 Thlr. —‚ —‚, und zwei Kühe, so wie die übrige in dem vorstehenden Kaufe bestimmte Ausstattung richtig empfangen habe, und daher über die erfolgte Illation jenes Einbringens ein Zweifel nicht obwalten kann. Gegen die vom Beklagten Bl. — auf 95 Thlr. —‚ —‚ nach Conventionsmünze, oder auf 97 Thlr. 19 Ngr. 2 Pf. nach dem Vierzehnthalermünzfuße angegebene Höhe des fraglichen Einbringens haben Klägerinnen und Mitkläger eine besondere Ausstellung nicht gemacht; es läßt aber auch theils nach dem vorbemerkten Bekenntnisse J. Ch. Sch.'s, theils nach dem Zugeständnisse der Klägerinnen und Mitkläger im 60sten und 61sten Beweisartikel Bl. —, daß bei der gerichtlichen Regulirung des Nachlasses ihrer Mutter jedes der sieben Kinder ein Erbtheil von 10 Thlrn. —‚ —‚ erhalten habe, wenn man das dem Vater derselben gebührende Viertheil nebst den Nachlaßregulirungskosten hinzurechnet, sich wohl annehmen, daß das mehrerwähnte Einbringen den vorbemerkten Betrag wirklich gehabt habe, und man hat daher von Leistung des bei dem 38sten und 39sten Gegenbeweisartikel Bl. — angetragenen Eides absehen können.

3.

Weiter haben die Klägerinnen und Mitkläger Bl. — behauptet, die Zuerkennung eines Erfüllungseides rücksichtlich der in den Gegenbeweisartikeln 28 flg. und 65 flg. Bl. — erwähnten 250 Thlr. —‚ —‚ lasse sich durch die Aussagen des Gegenbeweiszeugen J. G. Phil. nicht rechtfertigen, weil dieser Zeuge keineswegs bestätige, daß die angebliche Ueberweisung der fraglichen 250 Thlr. —‚ —‚ an ihn in Folge des fraglichen Kaufs geschehen und Kaufsbedingung gewesen sei. Dieses letztere Anführen ist jedoch ungegründet, indem der genannte

(Fortsetzung in der gleichzeitig erscheinenden Nummer 6.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 6.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

(Fortsetzung aus No. 5.)

Gegenbeweiszeuge, nachdem ihm der Inhalt des 65sten Gegenbeweisartikels Bl. —, daß nämlich bei Eingehung des fraglichen Kaufs ausdrücklich als eine Nebenbedingung stipulirt worden sei, daß Beklagter, als Käufer, die 250 Thlr. —ʼ —ʼ betragende Darlehnsschuld des Verkäufers J. Ch. Sch. bei vorgenanntem Phil. zur Vertretung übernehmen solle, vorgehalten worden, bei dem 66sten Gegenbeweisartikel Bl. — bestätigt hat, daß er mit dieser Ueberweisung einverstanden gewesen sei, woraus denn allerdings hervorgeht, daß die Ueberweisung jener 250 Thlr. —ʼ —ʼ in Folge des mehrerwähnten Kaufs und einer hierbei gestellten Kaufbedingung geschehen sei. Nicht minder hat derselbe Zeuge zum 68sten Gegenbeweisartikel Bl. — deponirt, daß der Beklagte die besagten 250 Thlr. —ʼ —ʼ auch wirklich an ihn bezahlt habe, und es hat daher auf Grund der Aussagen dieses Zeugen, gegen dessen volle Glaubwürdigkeit nirgends ein Einwand erhoben worden, auf einen Erfüllungseid des Beklagten gar wohl erkannt werden können.

4.

Hiernächst hat Beklagter Bl. — sich darüber beschwert, daß diejenige Post der 100 Thlr. —ʼ —ʼ, deren er in den Gegenbeweisartikeln 54. und 55. als eines noch vor gerichtlicher Vortragung des Kaufs gezahlten Angeldes gedacht habe, für versäumt geachtet worden. Zwar hat er nicht in Abrede zu stellen vermocht, daß diese Post im rechtlichen Verfahren unerwähnt geblieben, und in dieser Beziehung daher ein Versäumniß allerdings eingetreten sei; allein er hat deshalb Bl. — auf ein Versehen seines früheren Sachwalters, dem er ausdrücklich gesagt, daß er 100 Thlr. —ʼ —ʼ vor gerichtlichem Abschlusse des Kaufs als Angeld an Verkäufern entrichtet, der aber die Sache anders aufgefaßt habe, sich berufen und daher, weil dieses Uebersehen ihn nicht präjudiciren könne, Bl. — Restitutionsertheilung beantragt. In Betracht jedoch, daß hier ein schätzbarer Gegenstand in Frage steht, in einem solchen Falle aber der Partei ein Anspruch auf Restitution gegen das von ihrem Sachwalter verhangene Versäumniß nur dann zusteht, wenn letzterer zuvor fruchtlos ausgeklagt worden,

cfr. Kind, quaest. forens., T. III. cap. 100. edit. II.

ist das angebrachte Restitutionsgesuch für unstatthaft zu achten gewesen, da Beklagter auf eine fruchtlos erfolgte Ausklagung seines früheren Sachwalters sich zu beziehen nicht vermocht hat.

5.

Eben so unbegründet ist die weitere Beschwerde des Beklagten Bl. —, daß auf das im Gegenbeweisartikel 71. Bl. — erwähnte Conferendum J. G. Sch.'s an 50 Thlrn. —ʼ —ʼ, für geleistet erhaltene Fuhren, nicht Rücksicht genommen worden sei. Denn das Anführen im 72sten Gegenbeweisartikel Bl. —, daß die fraglichen Fuhren aus verschiedenen Entfernungen prästirt worden wären, und der Zahl nach wenigstens 200 betragen hätten, ingleichen im 73sten Gegenbeweisartikel, daß jede einzelne dieser Fuhren zu mindestens — Thlr. 7 Ngr. 5 Pf. an Werth veranschlagt werden könne, ist in Ermangelung jeder näheren Angabe über die Entfernungen, aus denen die Fuhren geleistet worden, für den gebrauchten Eidesantrag offenbar zu allgemein, und da hierauf allein der Beweis rücksichtlich des vom Beklagten behaupteten Conferendi beruht, so liegt es am Tage,

daß letzteres, als gänzlich unerwiesen, nicht weiter in Berücksichtigung hat gelangen können.

Als Resultat des geführten Beweises und Gegenbeweises hat sich daher nach den Ausführungen unter A. und B. Bl. — herausgestellt,

a. daß der wahre Werth des im Jahre 1839 von dem Vater und Erblasser der Klägerinnen und Mitkläger, J. Ch. Sch., an den Beklagten verkauften Schenkenguts zu O. mit Einschluß des mitverkauften Inventars zur Zeit des Kaufs in 2121 Thlrn. 10 Ngr. —₰ bestanden hat;

b. daß Beklagter für diesen wahren Werth des erkauften Schenkenguts nebst Inventar dem Verkäufer mehr nicht, als überhaupt 836 Thlr. 15 Ngr. —₰ gewährt hat;

c. daß sonach Beklagter bei dem betreffenden Kaufe von seinem Vater, dem Verkäufer, um die Summe von 1284 Thlrn. 25 Ngr. —₰ begünstigt worden ist, und

d. daß das Vermögen des Verkäufers unmittelbar vor dem Kaufabschlusse, mit Einschluß der Conferenden und nach Abzug der Passiven, 2305 Thlr. 21 Ngr. —₰ betragen hat.

II.

Hieraus und aus der Bl. — aufgestellten Berechnung sub C. ergiebt sich nun, daß der Verkäufer, J. Ch. Sch., indem er für das an Beklagten verkaufte Schenkgut 1284 Thlr. 25 Ngr. —₰ weniger, als es wirklich werth gewesen, von demselben sich hat gewähren lassen und daher diese Summe ihm geschenkt hat, durch diese Schenkung seine übrigen Kinder in dem ihnen gebührenden Pflichttheile verkürzt hat.

Irrig aber ist die Behauptung der Klägerinnen und Mitkläger Bl. —, daß darauf, wie viel in Folge des fraglichen Kaufs und unmittelbar nach demselben das Erbtheil der Sch.'schen Geschwister betragen haben würde, durchaus nichts ankomme, und die aufgestellte Berechnung daher zwecklos sei. Denn nicht jede Schenkung kann schon um deswillen, weil das Vermögen des Schenkgebers dadurch vermindert wird und möglicher Weise auch eine Verringerung des Pflichttheils dadurch herbeigeführt werden kann, als inofficiös angefochten werden; sondern eine Schenkung ist nur dann als inofficiös zu betrachten, wenn der nach dem Vermögenszustande des Schenkgebers zur Zeit der Schenkung zu berechnende Pflichttheilbetrag der Notherben in dem Vermögen desselben nicht mehr zurückbleibt.

vergl. Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Pandekten, Band XXXVI. S. 117 flg. und die in der Note 43. angeführten Rechtslehrer.

Behielt daher der Schenker zur Zeit der Schenkung ungeachtet derselben immer noch so viel im Vermögen, als der Pflichttheil der Notherben nach dem damaligen Vermögensbestande des Schenkers betrug, so kann, auch wenn später das Vermögen des Letzteren sich verminderte, und daher jener Pflichttheilbetrag den Notherben nicht mehr unverkürzt geblieben, die Schenkung dennoch nicht angefochten werden, da sie zu Anfang nicht inofficiös war, und dies daher auch später durch eine zufällige Vermögensverminderung nicht werden können.

Hommel, Rhaps. obs. 602. n. 3.

Thibaut, System des Pandektenrechts, Thl. 2. §. 904.

Schweppe, das römische Privatrecht, Band 3. §. 970. not. 1.

Mühlenbruch, a. a. O. S. 121.

Aber auch im umgekehrten Falle, wenn nach der Zeit der inofficiösen Schenkung das Vermögen des Schenkers bis zum Betrage des Pflichttheils sich vermehrt, kann die Schenkung nicht weiter rescindirt werden. Denn immer gebührt den Notherben der Pflichttheil erst von dem Nachlasse, und erst die Todeszeit kann darüber entscheiden, ob sie wirklich verletzt sind oder nicht. Die frühere Verminderung des Vermögens giebt ihnen nur das Recht, zu fordern, daß bei Bestimmung ihres Pflichttheilrechtes der damalige Vermögenszustand mit berücksichtiget werde.

Hommel, loc. cit., n. 2.

Thibaut, a. a. O.

Schweppe, a. a. O.

Mühlenbruch, a. a. O. S. 118 flg.

Von diesen Gesichtspunkten ist man auch bei den Interlocuten Bl. — ausgegangen, indem insbesondere Bl. — ausdrücklich ausgesprochen worden, daß die Frage, ob die Klägerinnen und Mitkläger durch den oftерwähnten Kauf im Pflichttheile verletzt seien, nach den Vermögensverhältnissen des Verkäufers, wie solche sowohl zur Zeit des Kaufsabschlusses, als zur Zeit seines Todes bestanden, zu beurtheilen sei, und es findet daher in dieser Beziehung bereits Rechtskraft statt.

Bestand nun, wie vorbemerkt, das Vermögen des Verkäufers, J. Ch. Sch., unmittelbar vor dem Kaufsabschlusse in 2305 Thlrn. 21 Ngr. —₰, so betrug bei der Existenz von sieben Kindern der Pflichttheil derselben die Hälfte hiervon, und mithin die Summe von 1152 Thlrn. 25 Ngr. 5 Pf. Der Verkäufer aber behielt nach dem Verkaufe, wie Bl. — nachgewiesen worden, nur noch 1013 Thlr. 27 Ngr. 6 Pf. im Vermögen, mithin weniger, als der Pflichttheil der Kinder betrug, und es liegt daher am Tage,

daß der Verkäufer, indem er den Beklagten bei dem fraglichen Kaufe um 1284 Thlr. 25 Ngr. —₰ begünſtigte und ihm ſonach dieſe Summe ſchenkte, ſeine übrigen Kinder dadurch im Pflichttheile verletzte, und daß daher jene Schenkung als eine inofficiöſe allerdings betrachtet werden muß. Unrichtig aber iſt die von den Klägerinnen und Mitklägern Bl. — ausgeſprochene Anſicht, daß bei der Berechnung unter C. a. Bl. — der Auszugswerth an 347 Thlrn. 25 Ngr. —₰ nicht mit hätte in Anſchlag gebracht werden ſollen, was allerdings nicht unterbleiben durfte, da der Auszug einen Beſtandtheil des Vermögens des Verkäufers bildete. Indeß kommt auf dieſen Umſtand ohnehin im Weſentlichen nichts an, da auch mit Hinzurechnung des Auszugswerthes das dem Verkäufer nach der fraglichen Schenkung übrig gebliebene Vermögen den Betrag des Pflichttheils der Kinder nicht erreicht hat.

III.

Es war daher, wie dies auch Bl. — geſchehen, aus dem vorangegebenen Grunde nur noch zu unterſuchen, ob nicht in der Zeit nach der Schenkung bis zum Tode des Erblaſſers das Vermögen deſſelben einen ſolchen Zuwachs erhalten habe, daß das frühere Deficit am Pflichttheile dadurch gehoben worden ſei, und daher ein Anſpruch an Beklagten auf deſſen Erfüllung nicht weiter ſtattfinde.

In dieſer Beziehung nun iſt unter den Parteien darüber Einverſtändniß vorhanden, daß der Activnachlaß J. Ch. Sch.'s beſtanden habe in

| | | | |
|---|---|---|---|
| 32 Thlrn. | —₰ | —₰ | Werth der Mobilien und |
| 220 „ | —₰ | —₰ | Kaufgelderrückſtand nach Bl. — und — Vol. I, ingleichen in |
| 500 „ | —₰ | —₰ | Conferenden nach Bl. — flg. Vol. I. und Beklagtens Zugeſtändniß im 26ſten Gegenbeweisartikel Bl. — Vol. II. |
| 752 Thlrn. | —₰ | —₰ | Summa. |

Dieſe Summe ſteht, ſelbſt wenn man den nur in halbjährigen Terminen mit je 10 Thlrn. —₰ —₰ zahlbaren Kaufgelderrückſtand ohne Berückſichtigung des Interuſurii für voll in Anſatz bringt, hinter dem oben berechneten Vermögensbetrage an 1013 Thlrn. 27 Ngr. 6 Pf. noch bei weitem zurück, und es liegt ſonach klar zu Tage, daß ſich das ſchon früher vorhanden geweſene Deficit am Pflichttheile nicht nur nicht gehoben, ſondern ſogar noch vergrößert hat, und daß daher den Klägerinnen und Mitklägern ein Anſpruch auf Erfüllung ihres Pflichttheils an Beklagten allerdings zuſteht.

IV.

Soviel nun den hiernach vom Beklagten an die Klägerinnen und Mitkläger in Folge der erhaltenen inofficiöſen Schenkung herauszuzahlenden Betrag anlangt, ſo ſind die Verfaſſer des vorigen Urthels nach Bl. — von der Anſicht ausgegangen, daß, weil nach dem, was oben unter II. bemerkt worden, zur Zeit eine Schenkung involvirenden Kaufs im Jahre 1839 zu Deckung des in

| | | | |
|---|---|---|---|
| 1152 Thlr. | 25 Ngr. | 5 Pf. | beſtandenen Pflichttheils der ſieben Kinder des Verkäufers letzterer nur |
| 1013 „ | 27 „ | 6 „ | im Vermögen behalten, und ſonach |
| 138 Thlr. | 27 Ngr. | 9 Pf. | als Deficit ſich herausgeſtellt, dieſes Deficit diejenige Summe repräſentire, die ad supplendam legitimam erforderlich, und daher vom Beklagten in ſeiner Eigenſchaft als Käufer dem Nachlaſſe zu gewähren ſei, an dem er jedoch ebenfalls wieder ſeinen Antheil habe. Dem zu Folge ſind denn zu den |
| 752 Thlrn. | —Ngr. | —Pf. | als dem oben berechneten Nachlaßbeſtande des Erblaſſers, |
| 138 „ | 27 „ | 9 „ | als das nurbemerkte Deficit hinzugerechnet, und von der hiernach |
| 890 Thlrn. | 27 Ngr. | 9 Pf. | ausmachenden Summe für jedes der ſieben Kinder ein Erbtheil von |

127 Thlrn. 8 Ngr. 2⅔ Pf.

ausgeworfen worden. Es gründet ſich dieſe Anſicht, wie aus dem Citate Bl. — hervorgeht, auf den von Mühlenbruch, a. a. O. S. 121 flg. aufgeſtellten Satz:

> es erfordere die Conſequenz, daß, wenn die Schenkung wirklich mit Verletzung des Pflichttheils verbunden geweſen und ſpäter ſich das Vermögen vermindere, dem Beſchenkten doch nur ſo viel abgefordert werden dürfe, als er nach dem früheren Vermögenszuſtande über die disponible Summe erhalten habe.

Dieſer Satz ſteht jedoch nicht nur mit der bisherigen Praxis, ſondern auch ſelbſt mit geſetzlichen Beſtimmungen im Widerſpruche.

Es heißt nämlich in Nov. 92. cap. I.:

> volumus, ut si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis tantum unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querentur, qui habent quidem in omni substantia patris, quod legitimum est; in tantum aucta quantitate, quantum habuit substantia patris, antequam donationibus exhauriretur.

Hier iſt davon, daß der Beſchenkte nur ſo viel, als er über diejenige Summe erhalten, worüber der Schenker nach dem damaligen Zuſtande ſeines Vermögens ohne Verletzung der Notherben im Pflichttheile verfügen konnte, herauszugeben habe, offenbar keine Rede, ſondern es könnte ſogar ſcheinen, als ob bei Berechnung des Pflichttheils, deſſen Ergänzung aus dem Verſchenkten die Notherben fordern können, lediglich auf den Vermögenszuſtand des Schenkers, wie ſolcher zur Zeit der Schenkung beſchaffen geweſen, Rückſicht zu nehmen ſei, wie dies zum Beiſpiel von

Lauterbach, Colleg. theoret pract., lib. XXXIX. tit. 5. §. 45.

behauptet wird.

Allein es iſt ſchon oben nachgewieſen worden, daß insbeſondere um deswillen der Vermögensbeſtand des Schenkers zur Zeit der Schenkung in Betracht zu ziehen ſei, um beurtheilen zu können, ob überhaupt eine inofficiöſe Schenkung vorhanden ſei oder nicht, und ob nicht durch einen ſpäteren Zuwachs des Vermögens des Schenkers die vorhanden geweſene Inofficioſität der Schenkung ſich wieder gehoben habe.

Iſt es nun, worauf ſchon

Hommel, obs. 602. n. 1.

hingewieſen, etwas Abnormes, wenn zu dem angegebenen Behufe von dem Vermögen des noch lebenden Erblaſſers der Pflichttheil der Notherben berechnet wird, da doch von einer Erbſchaft nur erſt nach dem Tode des Erblaſſers die Rede ſein kann, ſo darf dieſe Abnormität nicht weiter ausgedehnt, und namentlich nicht auf die Berechnung des den Pflichttheilerben erſt nach dem Tode des Erblaſſers gebührenden Pflichttheils erſtreckt werden. Denn da ſo lange, als der Erblaſſer lebt, deſſen künftigen Erben ein Erbrecht noch nicht zuſteht, das Vermögen aber ſich nicht nothwendig gleich bleibt, ſondern der Veränderung unterliegt, ſo läßt der wirkliche Betrag des Pflichttheils nur erſt zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſich mit Sicherheit beſtimmen.

Zu dieſem Behufe aber iſt zu dem noch vorhandenen Nachlaſſe der Betrag desjenigen, was der Erblaſſer bei ſeinen Lebzeiten verſchenkt hat, vorausgeſetzt, daß die Schenkung eine inofficiöſe geweſen und geblieben, hinzuzurechnen und von dieſem Geſammtbetrage der Pflichttheil zu berechnen.

Dies wird durch die Worte in der Nov. 92. cap. I.:

> in tantum aucta quantitate, quantum habuit substantia patris, antequam donationibus exhauriretur,

ausgeſprochen, und daß auf dieſe Weiſe die angezogene geſetzliche Beſtimmung zu verſtehen ſei, beſtätigen unter andern

Horn, Consult. Class. X. resp. 19. pag. 388.
Wernher, observ. forens., Vol. VII. supplem. ad P. I. obs. 190.
Leyser, meditat. ad pand., Spec. 91. medit. 4.
G. Lud. Böhmer, auserleſene Rechtsfälle, Bd. 1. Resp. X. qu. 4. n. 58.
Weſtphal, Theorie des römiſchen Rechts von Teſtamenten, §. 415.
Glück, Erl. der Pandekten, Band VII. S. 97.
Thibaut, Syſtem des Pandektenrechts, Th. 2. §. 904.
Schweppe, Römiſches Privatrecht, Band 5. §. 970.

Es iſt dies auch in der That der einfachſte und angemeſſenſte Weg, um den Zweck jener geſetzlichen Beſtimmung zu erreichen und die inofficiöſen Schenkungen der Notherben in Bezug auf den ihnen gebührenden Pflichttheil unſchädlich zu machen, indem hiernach der Nachlaß, wovon der Pflichttheil berechnet wird, auf denjenigen Zuſtand zurückgeführt wird, welcher ſich herausgeſtellt haben würde, wenn die inofficiöſen Schenkungen nicht erfolgt wären.

Dagegen iſt die Unrichtigkeit der von

Anton Faber, Conjectur. juris civ., Lib. III. cap. 17.

und vielen Anderen aufgeſtellten Anſicht, daß eine inofficiöſe Schenkung nicht blos in ſo weit, als dies zu Erfüllung des Pflichttheils der Notherben erforderlich iſt, ſondern vielmehr ganz zu reſcindiren ſei, ſchon von

Glück, Erl. der Pandekten, Bd. VII. S. 160 flg. und den in der Note 18. angeführten Rechtslehrern, ſo wie in der Fortſetzung von Mühlenbruch, Bd. XXXVI. S. 97 flg.

auf überzeugende Weiſe nachgewieſen worden.

Wendet man nun die vorſtehend entwickelten Rechtsgrundſätze auf den vorliegenden Fall an, ſo gelangt man zu folgender Berechnung:

Das Vermögen des Erblaſſers J. Ch. Sch. beſtand beim Tode deſſelben nach dem, was oben unter III. nachgewieſen worden,

a) in den nachgelaſſenen Mobilien im Betrage von

32 Thlrn. —ſ —ſ,

b) in dem Kaufgelderrückſtande von 220 Thlrn. —ſ —ſ, rückſichtlich deſſen jedoch Folgendes zu bemerken iſt:

Die in dem Kaufe Bl. — feſtgeſetzte Kaufſumme von 350 Thlrn. —ſ —ſ war laut Bl. — in halb-

jährigen Terminen zu 10 Thlrn. —ˢ —ˢ, allemal zu Johannis und Weihnachten, und zwar vom Termin Johannis 1840 an, zahlbar, inzwiſchen aber unzinsbar. Da nun bei dem laut Bl. — am 13ten März 1848 erfolgten Tode des Verkäufers hiervon noch 220 Thlr. —ˢ —ˢ rückſtändig waren, ſo waren die Termingelder an halbjährig 10 Thlrn. —ˢ —ˢ nur bis mit dem Termine Johannis 1846 bezahlt, und daher vom Termine Weihnachten 1846 an rückſtändig. Es war daher zu unterſuchen, welchen Werth die rückſtändigen, bis zum Zahlungstage unzinsbaren Termingelder an 220 Thlrn. —ˢ —ˢ am dreißigſten Tage nach dem Tode des Verkäufers, alſo am 12ten April 1848, unter Berückſichtigung des Interusurii nach 5 Procent, in Gemäßheit des von Leibnitz aufgeſtellten, in Sachſen nach dem Reſcripte vom 24ſten October 1724 angenommenen Syſtems gehabt haben, indem das Interuſurium bei den bereits fällig geweſenen Terminen zu dem Capitale hinzuzuſchlagen, bei den erſt ſpäter zahlbaren Terminen aber vom Capitale in Abzug zu bringen geweſen. Das Reſultat der diesfallſigen Berechnung iſt in der Beilage sub ⊙ zuſammengeſtellt und es ergiebt ſich hieraus, daß die rückſtändigen Termingelder an 220 Thlrn. —ˢ —ˢ am dreißigſten Tage nach dem Tode des Erblaſſers nur einen Werth von

183 Thlrn. 21 Ngr. $2\frac{22}{100}$ Pf.

gehabt haben, und daher nur nach dieſem Betrage haben in Anſchlag gebracht werden können.

Zu dem Nachlaſſe des Erblaſſers gehören aber auch

c) die Conferenda der Erben im Betrage von

500 Thlrn. —ˢ —ˢ

und es bildet ſich hiernach folgende Nachlaßmaſſe:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 32 Thlr. | — Ngr. | — Pf. | Werth der Mobilien, |
| 183 | ˢ 21 | ˢ $2\frac{22}{100}$ | ˢ Kaufgelderrückſtand und |
| 500 | ˢ — | ˢ — | ˢ Conferenda. |

715 Thlr. 21 Ngr. $2\frac{22}{100}$ Pf. Summa. Rechnet man nun hinzu

1284 Thlr. 25 Ngr. — Pf. als den oben unter I. nachgewieſenen Betrag der dem Beklagten zu Theil gewordenen Schenkung, ſo erhöhet ſich hierdurch der Nachlaßbeſtand bis auf

2000 Thlr. 16 Ngr. $2\frac{22}{100}$ Pf.

Hiervon gebührt bei der Exiſtenz von ſieben Kindern denſelben die Hälfte an

1000 Thlrn. 8 Ngr. $1\frac{11}{100}$ Pf.

als Pflichttheil, und es beſteht ſonach für jedes einzelne dieſer Kinder der Pflichttheil in

142 Thlrn. 26 Ngr. $8\frac{11}{100}$ Pf.

Nun hat

1) jede der beiden Klägerinnen, die verehelichte M. und die verehelichte Z. aus dem Nachlaſſe ihres Vaters erhalten

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 4 Thlr. | 17 Ngr. | 1 Pf. | als Antheil von den Mobilien, |
| 26 ˢ | 7 ˢ | $3\frac{61}{350}$ Pf. | als Antheil von den Termingeldern, und |
| 100 ˢ | — ˢ | — ˢ | Conferenda. |

130 Thlr. 24 Ngr. $4\frac{61}{350}$ Pf. Summa.

Zu Erfüllung des Pflichttheils an 142 Thlrn. 26 Ngr. $8\frac{11}{100}$ Pf. ſind daher annoch erforderlich:

12 Thlr. 2 Ngr. $4\frac{4}{7}$ Pf.

Dagegen hat

2) jeder der beiden Mitkläger, J. G. Sch. und J. G. Sch. aus dem Nachlaſſe ihres Vaters erhalten:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 4 Thlr. | 17 Ngr. | 1 Pf. | als Antheil von den Mobilien, |
| 26 ˢ | 7 ˢ | $3\frac{61}{350}$ Pf. | als Antheil von den Termingeldern, und |
| 50 ˢ | — ˢ | — ˢ | Conferenda. |

80 Thlr. 24 Ngr. $4\frac{61}{350}$ Pf. Summa.

ſo daß zu Erfüllung des Pflichttheils an 142 Thlrn. 26 Ngr. $8\frac{11}{100}$ Pf. annoch

62 Thlr. 2 Ngr. $4\frac{4}{7}$ Pf.

erfordert werden.

Die vorſtehend ausgeworfenen Beträge ſind es daher, welche der Beklagte von demjenigen, was ihm als inofficiöſe Schenkung zu Theil geworden, an jede der Klägerinnen mit 12 Thlrn. 2 Ngr. $4\frac{4}{7}$ Pf. und an jeden der Mitkläger mit 62 Thlrn. 2 Ngr. $4\frac{4}{7}$ Pf. zu Erfüllung ihrer Pflichttheile herauszuzahlen hat.

Nach Höhe dieſer Beträge iſt daher der Beweis für gelungen anzuſehen und in ſo weit das vorige Urthel abzuändern, im Uebrigen aber daſſelbe zu beſtätigen geweſen.

Hiernach, und da von beiden Theilen Rechtsmittel eingewendet worden ſind, bedarf die Compenſation der in zweiter Inſtanz erwachſenen Koſten keiner beſonderen Rechtfertigung.“

⊙.

| Ein unkündbares Leihgeld von | gefällig zu | | hatte am 12. April 1848 einen Werth von: | | | Berechnet nach §. 256. flg. und III. Haupttafel pag. 76. des Löbmannschen Handbuche für juridische Rechnungen |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Johannis | Weihnachten | | | | |
| ₰ | | | ₰ | ngr | Thlr. | |
| 10 | — | 1846 | 10 | 19 | 8,12 | mit Hinzurechnung eines Zins von Zins gebenden 5procentigen Interusurii nach Leibnitzes System auf 1 Jahr $3^2/_3$ Monat. |
| 10 | 1847 | — | 10 | 12 | 1,28 | desgl. auf — Jahr $9^2/_3$ Monat. |
| 10 | — | 1847 | 10 | 4 | 5,83 | „ „ — „ $2^2/_3$ „ |
| 10 | 1848 | — | 9 | 27 | 1,11 | nach Kürzung eines dergleichen Interusurii auf — Jahr $2^1/_3$ Monat. |
| 10 | — | 1848 | 9 | 20 | 0,19 | desgl. auf — Jahr $8^1/_3$ Monat. |
| 10 | 1849 | — | 9 | 13 | 0,68 | „ „ 1 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1849 | 9 | 6 | 2,66 | „ „ 1 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1850 | — | 8 | 29 | 5,89 | „ „ 2 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1850 | 8 | 23 | 1,10 | „ „ 2 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1851 | — | 8 | 16 | 7,51 | „ „ 3 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1851 | 8 | 10 | 5,81 | „ „ 3 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1852 | — | 8 | 4 | 5,22 | „ „ 4 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1852 | 7 | 28 | 6,49 | „ „ 4 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1853 | — | 7 | 22 | 8,81 | „ „ 5 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1853 | 7 | 17 | 2,84 | „ „ 5 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1854 | — | 7 | 11 | 7,91 | „ „ 6 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1854 | 7 | 6 | 4,61 | „ „ 6 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1855 | — | 7 | 1 | 2,39 | „ „ 7 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1855 | 6 | 26 | 1,53 | „ „ 7 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1856 | — | 6 | 21 | 1,71 | „ „ 8 „ $2^1/_3$ „ |
| 10 | — | 1856 | 6 | 16 | 3,37 | „ „ 8 „ $8^1/_3$ „ |
| 10 | 1857 | — | 6 | 11 | 5,92 | „ „ 9 „ $2^1/_3$ „ |
| 220 | | | 183 | 21 | 2,22 | |

## Urthel des Königl. Oberappellationsgerichts vom 4. October 1853.

„Daß, angehend den von dem Beklagten zu Erfüllung des Pflichttheils der Kläger zu gewährenden Betrag, auf die Appellation des Beklagten, es nicht bei dem nurangezogenen Urthel, sondern bei der Entscheidung der ersten Instanz Bl. — zu lassen.

Dagegen wird mehrgedachtes Urthel im Uebrigen, der eingewendeten Appellationen ungeachtet, jedoch unter Compensation der in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten, hierdurch bestätigt."

### Entscheidungsgründe.

„Angehend die Appellation des Beklagten.

Auf die Appellation des Beklagten war das zweite Urthel, insoweit es eine reformatoria enthielt, abzuändern und das erste Urthel pure wiederherzustellen.

Beide vorigen Instanzen stimmen nach Bl. — darin mit einander überein, daß nach den Ergebnissen des Beweises und Gegenbeweises

a.

der wahre Werth des von dem Erblasser der Parteien im Jahre 1839 an den Beklagten verkauften Schenkengutes zu O. mit Einschluß des mitverkauften Inventars zur Zeit des Kaufsabschlusses 2121 Thlr. 10 Ngr. — betragen hat,

b.

der Beklagte für dieses Gut nebst Inventar dem Verkäufer in der Wirklichkeit mehr nicht, als überhaupt 836 Thlr. 15 Ngr. —₰ bezahlt hat,

c.

der Beklagte sonach bei diesem Kaufsgeschäfte von seinem Vater, dem Verkäufer, um die Summe von 1284 Thlrn. 25 Ngr. —₰ begünstigt worden ist,

d.

das Vermögen des Verkäufers zur Zeit des Kaufsabschlusses, mit Einschluß der Conferenden und nach Abzug der Passiven, in 2305 Thlrn. 21 Ngr. —₰ bestanden hat, endlich

e.

der Activnachlaß des Verkäufers überhaupt 752 Thlr. —₰ —₰, nämlich:

| | | | |
|---|---|---|---|
| 32 Thlr. | —₰ | —₰ | Werth der im Nachlaß vorhandenen Mobilien, |
| 220 „ | —₰ | —₰ | in jährlichen Raten zu 20 Thlrn. zu bezahlender Kaufgelderrückstand, |
| 500 „ | —₰ | —₰ | Conferenden, |
| Summa ut supra | | | |

betragen hat.

Beide Instanzen differiren aber in der Berechnung des Betrages, welchen der Beklagte nach diesen Vorlagen an die Kläger zur Erfüllung des Pflichttheiles denselben herauszuzahlen habe. Die erste Instanz stellt folgende Berechnung auf: Da das Vermögen des Erblassers zur Zeit des Kaufsabschlusses in 2305 Thlrn. 21 Ngr. —₰ bestanden habe, so sei der Pflichttheil, bei dem Vorhandensein von sieben Kindern, auf 1152 Thlr. 25 Ngr. 5 Pf. zu berechnen, und es habe der Erblasser, da er nach Abzug des an den Beklagten Verschenkten blos noch 1013 Thlr. 27 Ngr. 6 Pf. im Vermögen behalten habe, eine Summe von 138 Thlrn. 27 Ngr. 9 Pf. lieblos verschenkt. Diese letztere Summe, welche sich um deswillen nicht erhöhen lasse, weil das Vermögen des Erblassers in der Zwischenzeit zwischen dem Kaufsabschlusse und dem Todestage sich vermindert habe, bilde denjenigen Betrag, welchen der Beklagte zu Ergänzung des Pflichttheiles an die Nachlaßmasse herauszuzahlen habe. Dagegen geht die zweite Instanz von nachstehenden Ansichten aus: Die vorhandene Nachlaßmasse betrage, da von dem

Kaufgelderrückstande an 220 Thalern das interusurium abzuziehen sei, überhaupt blos

715 Thlr. 21 Ngr. $2\frac{2}{100}$ Pf. Hierzu seien
1284 „ 25 „ — „ als der Betrag der dem Beklagten zu Theil gewordenen Schenkung hinzuzurechnen, und es erhöhe sich daher der Nachlaßbestand auf

2000 Thlr. 16 Ngr. $2\frac{22}{100}$ Pf.

Hiervon gebühre bei der Existenz von sieben Kindern denselben die Hälfte an

1000 Thlr. 8 Ngr. $1\frac{11}{100}$ Pf.

als Pflichttheil, und es habe der Beklagte zu Ergänzung dieses Pflichttheiles von dem Geschenkterhaltenen so viel herauszuzahlen, als bei dem vorhandenen Nachlaßbestande an dem Pflichttheile fehle.

Bei Prüfung beider Berechnungsarten hat man jedoch in gegenwärtiger Instanz der in dem ersten Urthel aufgestellten unbedingt den Vorzug gegeben.

A.

Zuvörderst weichen die von den beiden vorigen Instanzen aufgestellten Berechnungen insofern von einander ab, als die erste Instanz bei Bestimmung des Betrags des dem Beklagten lieblos Geschenkten auf die Zeit der Schenkung sieht und auf die in der Zwischenzeit zwischen dem Kaufsabschlusse und dem Tode des Erblassers in den Vermögensverhältnissen des letzteren vorgegangenen Veränderungen lediglich insofern Rücksicht nimmt, als sie untersucht, ob nach den vorhandenen Unterlagen das Vermögen des Erblassers nach der Schenkung so bedeutend sich vermehrt habe, daß dadurch der Pflichttheil vollständig gedeckt worden sei; dagegen die zweite Instanz den Pflichttheil aus dem Nachlasse, unter Hinzurechnung des Verschenkten, berechnet. Für die Ansicht der ersten Instanz und gegen die Ansicht der zweiten Instanz sprechen nun aber nachstehende Momente:

1.

Wenn Vermögensveräußerungen unter onerosen Rechtstiteln wegen Lieblosigkeit angefochten werden sollen, so ist dabei vorauszusetzen, daß die in denselben versteckte Schenkung ihrem Betrage nach eine übermäßige (immodica) und daher pflichtwidrige (inofficiosa) sei. Dies ist nach dem klaren Ausspruche der Gesetze anzunehmen, wenn das Vermögen durch Schenkung dergestalt vermindert wird, daß das Uebrigbleibende nicht mehr so viel beträgt, als der Pflichttheil vom ganzen Vermögen betragen würde, wenn dieses nicht durch Schenkungen geschwächt worden wäre. Hieraus folgt, daß bei Beantwortung der Frage, ob eine Schenkung lieblos sei, lediglich auf das Verhältniß der Schenkung zu dem ganzen Vermögen des Schenkgebers zur Zeit der Schenkung zu sehen ist. Dieser Grundsatz beruht außer allem Zweifel, und es erklären sich daraus nachstehende Folgesätze, über welche die Rechtslehrer unter sich einig sind,

a) daß, wenn die Schenkung zu dem Zeitpunkte, wo sie vorgenommen wird, keine übermäßige ist, sie auch als lieblos nicht angefochten werden kann, wenn selbst das dem Schenkgeber übrig gebliebene Vermögen später durch andere Ereignisse sich so vermindern sollte, daß nun dem Notherben der Pflichttheil, von dem ursprünglichen Vermögen des Schenkgebers berechnet, nicht mehr gewährt werden kann,

b) daß, wenn das Vermögen in Folge mehrerer nicht gleichzeitiger Schenkungen nicht mehr zu Gewährung des Pflichttheils hinreicht, einmal lediglich diejenigen spätern Schenkungen als pflichtwidrig angefochten werden können, welche den insufficienten Vermögensstand herbeigeführt haben, wenn sie auch für sich, nach dem dermaligen Stande des Vermögens, das festgesetzte Maaß nicht übersteigen, das andere Mal eine Anfechtung dieser spätern Schenkungen nur insoweit zulässig ist, als sie eine Verletzung des dem Notherben gebührenden Pflichttheils enthalten.

Wenn aber, wie vorstehend gezeigt worden, die Frage, ob eine Schenkung als lieblos zu betrachten sei, lediglich nach dem Zeitpunkte, wo die Schenkung erfolgt ist, und nach den Verhältnissen, welche damals vorgelegen haben, zu beantworten ist, so liegt darin zugleich, daß für die Bestimmung des Umfangs, in welchem die Schenkung eine Verletzung des Pflichttheils enthalte, dieser Zeitpunkt ebenfalls entscheidend sein muß. Denn die Merkmale für die Eigenschaft der Schenkung als einer inofficiösen, und für den Umfang dieser Eigenschaft sind identisch, und es involvirt die Behauptung, daß eine Schenkung in einem größeren Umfange lieblos sei, die Behauptung dieser Eigenschaft rücksichtlich des Mehrbetrages, von welchem die Lieblosigkeit behauptet wird.

Die Worte in der Novella 92. Cap. 1.:

„in tantum aucta quantitate, quantum habuit substantia patris, antequam donationibus exhauriretur",

stehen dieser in der Natur der Sache begründeten Ansicht nicht entgegen, indem der Fassung der Stelle nach zu dem Worte: „donationibus" das Wort „immensis" hinzuzudenken ist, die Stelle also etwas

weiter nicht besagt, als daß diejenigen Beträge zum Nachlasse hinzuzurechnen seien, um welche die Schenkungen eine Verletzung des Pflichttheils enthalten. Dagegen sprechen für die hier vertheidigte Meinung die Worte in

l. 6. Cod. de inofficiosis donationibus. „de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit",

und in der

l. 7. Cod. eod. „quod immoderate gestum est, revocabitur".

2.

Aus dem Grundsatze, daß eine Schenkung, selbst wenn sie eine Liebloſigkeit enthalten hat, lediglich insofern angefochten werden kann, als das Vermögen des Schenkgebers sich nicht dergestalt vermehrt hat, daß der Nachlaß zu Gewährung des Pflichttheils ausreicht, läßt sich nicht folgern, daß umgekehrt die Schenkung nach einem höhern Betrage rescindirt werden könne, wenn das Vermögen des Schenkgebers nach der Zeit der Schenkung sich verringert hat. Der Grund nämlich, warum in dem ersteren Falle die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils hinwegfällt, liegt nicht darin, daß die Gültigkeit der Schenkung nach dem Zustande des von dem Schenkgeber hinterlassenen Vermögens zu beurtheilen ist, sondern vielmehr darin, daß der Notherbe sich nicht über Beeinträchtigung seiner Legitima beklagen kann, wenn das Vermögen nach Vornahme der pflichtwidrigen Schenkung durch neuen Erwerb wiederum einen solchen Zuwachs erhält, daß der Pflichttheil voll bezahlt werden kann. Nun ist zwar in diesem Falle bei Berechnung der Größe des Pflichttheils auch der spätere Zuwachs des Vermögens mit in Anschlag zu bringen, und es genügt nicht, daß nun gerade die durch die Schenkung bewirkte Verkürzung der Legitima, nach dem Vermögensbestande zur Zeit der Schenkung gerechnet, durch die spätere Vermögensvermehrung wieder ausgeglichen sei, vielmehr ist die Legitima auch von dem Zuwachse zu berechnen. Hieraus folgt jedoch nicht, daß auch die spätere Verminderung des Vermögens für die Frage, inwieweit die Schenkung das gesetzliche Maaß überschritten habe, von Einfluß sei. Denn diese Frage betrifft die Obligation des Schenknehmers und läßt sich nur nach der Zeit der Schenkung, nicht aber nach den später eingetretenen, für das Recht des Schenknehmers völlig gleichgültigen Veränderungen in den Vermögensverhältnissen des Schenkgebers beantworten. Im Gegentheil fordert die Consequenz, daß, wenn einmal durch Vermögensvermehrung die ursprüngliche Verletzung der Legitima wieder vollständig ausgeglichen worden, dann aber durch andere Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder verloren gegangen ist, und bei dem Tode des Schenkgebers der Nachlaß zu Deckung der Legitima nicht ausreicht, die Schenkung dennoch nicht mehr umgestoßen werden könne. Denn der Grund der Verletzung des Pflichttheils liegt nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren Fehler durch die eingetretene Vermögensvermehrung gehoben worden ist, sondern in dem erst später eingetretenen zufälligen Vermögensverluste, welcher zu Anfechtung einer früheren Schenkung nicht berechtigen kann.

(Schluß folgt in der nächsten Nummer.)


## Deutsches Wechselrecht.

In der Verlagsbuchhandlung von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

# Archiv
für
# deutsches Wechselrecht

herausgegeben
von
**Eduard Siebenhaar** und **Dr. Theodor Tauchnitz.**
K. S. Oberappellationsrath. Rechtsconsulent.

Drei Bände in zwölf Heften.
Jeder Band 2⅔ Thlr.; jedes Heft ⅔ Thlr.

Die Aufgabe dieser Zeitschrift ist: die Fortbildung des deutschen Wechselrechts zu fördern und Belehrung über die Auslegung desselben, wie sie durch die Behörden der verschiedenen deutschen Staaten erfolgt, zu geben. Es wird dies theils durch Abhandlungen gediegener Männer, theils durch Mittheilung zahlreicher wichtiger Präjudizien erreicht. — Den erschienenen drei Bänden ist ein sorgfältig gearbeitetes, alphabetisches Sachregister beigegeben, so daß dieselben als ein bequemes Handbuch der neueren Wechselrechtspraxis dienen können. Von dem Archive erscheinen auch ferner jährlich drei bis vier Hefte.


Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Vom 1. Hefte des Wochenblatts erscheinen jährlich 26 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem ein Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 7.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## Ueber die Berechnung der legitima im Falle einer inofficiösen Schenkung.

Mitgetheilt von
Herrn O. —r in D.

(Schluß des S. 48. abgebrochenen Rechtsfalles.)

3.

Die zweite Instanz bemerkt zu Rechtfertigung ihrer Meinung Bl. —, es enthalte etwas Abnormes, wenn zu Beantwortung der Frage, ob eine Schenkung für inofficiös zu halten sei, von dem Vermögen des noch lebenden Erblassers der Pflichttheil der Notherben berechnet werde, da doch von einer Erbschaft erst nach dem Tode des Erblassers die Rede sein könne, diese Abnormität dürfe aber jedenfalls nicht weiter ausgedehnt und namentlich nicht auf die Berechnung des den Pflichttheilserben erst nach dem Tode des Erblassers gebührenden Pflichttheils erstreckt werden.

Hiergegen ist nun aber Folgendes zu erwähnen:

Man kann dahingestellt sein lassen, ob die Anfechtung einer Schenkung wegen Schmälerung des Pflichttheils, deren zuerst in einem in der l. 87. §. 3. D. de leg. II. angeführten Rescripte des Alexander Severus gedacht und welche in späteren Constitutionen näher bestimmt worden ist, mit dem ganzen übrigen Rechtssysteme in vollem Einklange stehe. Jedenfalls fordert die Rücksicht auf den Charakter der querela inofficiosae donationis, als einer Beschränkung der freien Dispositionsfähigkeit unter den Lebenden, daß, wenn die Anfechtung der Schenkung wegen Verkürzung der Legitima zugelassen wird, nicht blos die Frage, ob eine Schenkung überhaupt für lieblos zu achten, sondern auch die Frage, inwieweit dies der Fall sei, nach der Zeit der Schenkung selbst beantwortet wird. Denn sollte dabei auf einen andern spätern Zeitpunkt gesehen werden, so würde die Schenkung rescindirt nicht wegen ihrer Uebermäßigkeit, sondern wegen anderer Zufälle, welche eine Verminderung des Vermögens des Schenkgebers herbeigeführt haben. Namentlich kann aber darauf, daß nach der hier vertheidigten Ansicht der Pflichttheil mit Rücksicht auf einen Termin, zu welchem der Erblasser noch gelebt hat, zu berechnen ist, etwas nicht ankommen, weil dies unmittelbar aus der Zulässigkeit der Rescission einer Schenkung wegen Liebloſigkeit folgt; es steht dies aber auch mit dem Grundsatze, viventis non est hereditas, gar nicht in Widerspruch, indem der Pflichttheil nicht von dem Vermögen eines Lebenden, sondern von dem Nachlasse eines Verstorbenen, mit Hinsicht auf einen bestimmten Zeitpunkt des Lebens des Letzteren, berechnet wird.

4.

Die von der zweiten Instanz angenommene Berechnungsart, nach welcher der Pflichttheil aus dem Nachlasse mit Hinzurechnung des Verschenkten zu berechnen sein soll, hat übrigens den Uebelstand, daß dabei nicht allein zwei ganz verschiedene Zeiträume berücksichtigt werden, sondern auch der Berechnung ein Vermögensbestand zu Grunde gelegt wird, wie er weder zur Zeit der Schenkung, noch zur Zeit des Todes des Schenkgebers wirklich gewesen ist. Fehlt es nun an jedem denkbaren Grunde für dieses Verfahren, so zeigt sich die Nothwendigkeit einer dem Institute der querela inofficiosae donationis entsprechenden festen Unterlage für die Bestimmung des von dem Beklagten Herauszuzahlenden vorzüglich

hier, weil es sich um die Anfechtung eines an sich gültigen Geschäftes inter vivos und die Beschränkung der freien Dispositionsfähigkeit des Schenkgebers handelt.

5.

Die von der zweiten Instanz aufgestellte Berechnung ist keineswegs die von der Praxis recipirte, und wenn Bl. — auf eine Anzahl Auctoritäten Bezug genommen wird, so ist dagegen zu bemerken, daß einige von den dort angezogenen Schriftstellern entweder gar nichts zur Sache Gehöriges sagen, oder doch wenigstens sich ganz unbestimmt ausdrücken, übrigens aber diejenigen Schriftsteller, welche anscheinend die Ansicht der zweiten Instanz wirklich haben, von

Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, pag. 510 flg.

widerlegt worden sind.

B.

Die beiden vorigen Instanzen differiren in ihren Ansichten ferner insofern, als die erste bei Berechnung des von dem Vater der Parteien hinterlassenen Vermögens die zu dem letzteren gehörigen, in halbjährlichen Raten zu 10 Thalern gefälligen Termingelder an 220 Thaler voll in Ansatz gebracht, während die zweite diese Termingelder unter Abrechnung des interusurii auf 183 Thlr. 21 Ngr. $2\frac{33}{100}$ Pf. zurückgeführt hat. Kann man nun auch dem Einwand, welchen der Beklagte gegen die Ansicht der zweiten Instanz Bl. — macht, daß zufolge der in praxi angenommenen Meinung rückständige Termingelder mit dem Tode des Berechtigten verfallen, um deswillen nicht beitreten, weil der Tod des Berechtigten die Verfallzeit der Termingelder zu ändern nicht vermag, so hat man dennoch auch in dieser Hinsicht lediglich das erste Urthel wieder herzustellen gehabt. Die erste Instanz bemerkt zu Rechtfertigung ihrer Ansicht Bl. — wörtlich:

> Bei den Termingeldern müßte zwar, wenn es sich um die wirkliche Erbregulirung handelte, eine Reduction der einzelnen Termine auf den Jetztwerth vorgenommen werden, allein für den vorliegenden Fall genügt es, wenn man jeden Termin als unter alle sieben Miterben gleichvertheilt annimmt, und man kann daher diese Post zum Nominalwerthe in Ansatz bringen.

Dieser Bemerkung wird man unbedenklich beitreten, wenn man erwägt, daß bei der Berechnung des von dem Beklagten für das Schenkgut zu O. sammt Inventar Gewährten die baare Kaufsumme an 350 Thalern nach Bl. — mit Hinsicht auf die weit hinausgeschobenen Zahlungsfristen blos mit 231 Thlrn. 21 Ngr. 6 Pf. in Ansatz gekommen ist. Durch diese Reduction hat die Frage, inwieweit der Beklagte vor den Klägern begünstigt worden sei und inwieweit die demselben zu Theil gewordene Schenkung wegen Inofficiosität rescindirt werden könne, bereits ihre Beantwortung erhalten. Dagegen handelt in Betreff der bei dem Tode des Schenkgebers noch rückständigen Termingelder es sich nicht weiter um die Feststellung der Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten, sondern lediglich um die Ermittelung des vorhandenen Nachlaßbestandes. Nun würde zwar die Reduction der erst später gefällig werdenden Termingelder sich nothwendig machen, wenn die Frage, wie hoch der Nachlaß sich in dem Momente nach dem Tode des Erblassers wirklich belaufen hätte, wenn statt der Termingelderforderung baares Geld im Nachlasse sich befunden hätte, zu beantworten wäre. Für den vorliegenden Fall aber, wo diese Frage auf das Verhältniß der Kläger zu dem Beklagten ohne Einfluß ist, kann von dieser Reduction füglich abgesehen werden. Auch läßt sich schlechterdings nicht absehen, warum die zweite Instanz den fraglichen Kaufgelderrückstand nach Bl. — überhaupt reducirt, da nach ihrer Ansicht der Pflichttheil aus dem Nachlasse, mit Hinzurechnung der dem Beklagten zu Theil gewordenen Schenkung, zu berechnen ist. Denn in dem Verhältnisse der Kläger zu dem Beklagten kann auf die Größe des Nachlasses, wenn nur letzterer nach der Zeit der Schenkung sich nicht in der Maaße erhöht hat, daß die in der Schenkung versteckte Liebloſigkeit sanirt worden ist, darnach überhaupt etwas gar nicht ankommen, und es hat denn auch die zweite Instanz nach Bl. — flg. die fraglichen Termingelder blos nach der reducirten Summe unter die Erben vertheilt.

Nur folgende zwei Bemerkungen hat man noch hinzuzufügen für angemessen gefunden:

a. Ein Geständniß des Beklagten, daß er die rückständigen Termingelder sofort bei dem Tode des Erblassers zu bezahlen gehabt habe, liegt in dem Bl. — Gesagten nicht, weil der Behauptung, es seien die Termingelder mit dem Tode des Erblassers verfallen und ungeachtet der bestimmt gewesenen späteren Verfallzeit betagt worden, offenbar nicht cum animo confitendi, sondern in der irrigen Meinung, daß ein solcher Rechtsgrundsatz existire, aufgestellt worden ist.

b. An sich würde es hingereicht haben, wenn die erste Instanz überhaupt blos dahin erkannt hätte, daß der Beklagte die inofficiös erhaltenen 138 Thlr. 27 Ngr. 9 Pf. den Klägern nach Verhältniß ihrer Erbportion zu bezahlen habe. Würde es daher der Berechnung Bl. — unter E. an sich zwar nicht bedurft haben, so kann es dennoch dabei sein Bewenden

haben, weil die Berechnung nach den Vorlagen richtig ist, auch keine Partei hiergegen eine Beschwerde gerichtet hat.

Aus diesen Gründen war auf die Appellation des Beklagten das vorige Urthel in seinen reformatorischen Punkten zu reformiren. Dagegen war im Uebrigen, der Appellation des Beklagten ungeachtet, das zweite Urthel, insoweit es die erste Entscheidung bestätigt und das Bl. — angebrachte Restitutionsgesuch als unstatthaft verworfen hat, lediglich zu confirmiren.

Der Beklagte beschwert sich Bl. — insbesondere darüber, daß in den beiden vorigen Instanzen der Eidesantrag über den 71sten bis mit 74sten Gegenbeweisartikel Bl. — aberkannt worden sei. Derselbe hatte dort zu Begründung seines Anführens, daß der mitklagende J. G. Sch. nicht blos 50 Thaler, sondern 100 Thaler zu conferiren habe, unter Eidesantrag behauptet, zu dem Baue eines Hauses habe der gedachte mitklagende Sch. von dem Erblasser, welcher damals das Schenkengut zu O. noch besessen, mit dem Geschirre des Letzteren die zu Herbeischaffung des erforderlichen Materials an Kalk, Steinen, Holz, Bretern, Sand und Lehm nöthig gewesenen Fuhren in väterlicher Unterstützung als Mithülfe unentgeldlich geleistet erhalten, diese Fuhren seien aus verschiedenen Entfernungen geleistet worden und es habe die Zahl derselben wenigstens zwei Hundert betragen, es könne jede dieser Fuhren zu mindestens — 7 Ngr. 5 Pf. an Werth veranschlagt werden, und es habe sonach genannter mitklagender Sch. durch diese Naturalunterstützung eine väterliche Mithülfe von 50 Thalern von seinem Vater, dem Erblasser der Parteien, gewährt erhalten. Will man nun aber selbst von der Frage absehen, ob unter den vorliegenden Verhältnissen jede einfache Schenkung zu conferiren sei,

man vergleiche deshalb l. 20. pr. Cod. de collat.

und

Franke, a. a. O. pag. 239 bis 242.

so stehen doch der Zulässigkeit des Eidesantrags über das angegebene Anführen des Beklagten nachstehende Bedenken entgegen:

Zuvörderst ist

1) darauf aufmerksam zu machen, daß der Beklagte sich darauf nicht zu beziehen vermocht hat, daß der Erblasser um Leistung der gedachten Fuhren ersucht worden sei. Eine Beziehung hierauf wäre aber unbedingt nöthig gewesen, wenn von einer Schenkung überhaupt die Rede sein sollte, weil derjenige, welcher, ohne von dem Andern darum ersucht zu sein, einen Dienst leistet, den Fall einer hier jedenfalls nicht vorliegenden negotiorum gestio ausgenommen, wegen des unter diesen Verhältnissen anzunehmenden Verzichtes auf die Vergütung seines Zeit- und Kostenaufwandes auch nicht als Schenker angesehen werden kann.

Nun hat zwar der Beklagte

2) seinen auf Eid gestellten Gegenbeweisartikeln die Behauptung einverleibt, es habe der Mitkläger Sch. die fraglichen Fuhren von seinem Vater „in väterlicher Unterstützung" und „als Mithülfe" gewährt erhalten. Indessen wird auch dadurch die zu dem Eidesantrage erforderliche Bestimmtheit für die Gegenbeweisartikel nicht hergestellt, weil diese Behauptung bloße Rechtsbegriffe enthält, über welche, da blos über Thatsachen, nicht über juristische Resultate geschworen werden kann, der Eidesantrag unzulässig ist. Es kommt jedoch

3) hinzu, daß, selbst abgesehen von alle dem, die Entfernungen, aus welchen die Fuhren geleistet worden, nicht einmal angegeben worden sind, sondern in dieser Beziehung sich blos angeführt findet, es seien die Entfernungen verschieden gewesen. Diese Unbestimmtheit ist von wesentlichem Einflusse, weil die Quantificirung der Dienste darauf beruht, und diese daher ebenfalls jeder festen Basis entbehrt.

Rücksichtlich des Bl. — angebrachten Restitutionsgesuches hat man dem von der vorigen Instanz Bl. — Gesagten lediglich beigetreten.

Anlangend die Appellation der Kläger.

Die Kläger haben sich damit begnügt, in der Appellationsschedul Bl. — zwei Beschwerden aufzustellen, in einer spätern Schrift Bl. — diese Beschwerden noch um einige zu vermehren und sich zu Rechtfertigung ihrer Appellation auf die früheren Acten im Allgemeinen zu beziehen. Läßt sich hiernach nicht einmal mit Bestimmtheit übersehen, in welchen Beziehungen die Kläger gegen das vorige Urthel und die solchem beigegebenen ausführlichen Entscheidungsgründe Ausstellungen zu machen gesonnen gewesen seien, so werden zu Widerlegung der Appellation derselben folgende Bemerkungen hinreichen:

Der Beklagte ist zu Zahlung von Verzugszinsen von dem von ihm zur Erbschaftsmasse zu bezahlenden Betrage unzweifelhaft erst von Zeit erhobener Klage an verbunden, weil rücksichtlich der Frage, von welchem Zeitpunkte an der Beklagte in mora sich befinde, bei der querela inofficiosae donationis, welche zwar nach dem Vorbilde der querela inofficiosi testamenti (juxta formam, ad similitudinem, ad instar inofficiosi testamenti querelae l. 1. 2. 4. 6. und 9. Cod. de inoff. donat.) eingeführt, jedoch dieser keineswegs gleichgestellt ist, die gewöhnlichen

Grundsätze über die mora um so gewisser Anwendung leiden, als der Erblasser das Recht gehabt hat, über die Nutzungen seines Vermögens bei Lebzeiten nach Willkür zu verfügen.

Ueber die erkannte Compensation der Proceßkosten können die Kläger nach den in dem ersten Urthel zusammengestellten Ergebnissen des Beweises und Gegenbeweises sich unter allen Umständen nicht beschweren.

Im Uebrigen bezieht man sich auf die von der vorigen Instanz zu Rechtfertigung der confirmatoria gegebenen Entscheidungsgründe.

Angehend endlich die Kosten der gegenwärtigen Instanz, so bedarf das vorstehende Urthel bei seinem Inhalte und dem gleichzeitigen Vorbringen von Appellationen beider Theile keiner besonderen Rechtfertigung."

## 10.

### Unter welchen Voraussetzungen ist die geschiedene Ehefrau von ihrem geschiedenen Ehemanne Alimente für die ehelichen Kinder zu fordern berechtigt?

Mitgetheilt von

Herrn Amtsact. N. zu F.

Am 5. November 1851 erhob vor dem Justizamte zu F. Christiane Wilhelmine gesch. R. zu R. gegen ihren geschiedenen Ehemann Ludwig Wilhelm R. zu F. eine Klage auf Alimentation zweier aus dieser seit dem 22. Juni 1849 rechtskräftig getrennten Ehe hervorgegangener, resp. am 9. März 1845 und 20. März 1846 geborener Kinder, indem sie zur Begründung der Klage Folgendes anführte:

„Von der Zeit der Trennung, dem 23. Juni 1849, an bis jetzt habe sie die fraglichen beiden noch am Leben befindlichen Kinder bei sich und auf ihre ausschließlichen Kosten ernährt, mit Kleidern versorgt und überhaupt alle deren Bedürfnisse bestritten, nur habe ihr geschiedener Ehemann unter dieser Zeit das eine der Kinder drei Monate lang bei sich gehabt und erhalten.

Nun sei ein Vater die Erziehung seiner ehelichen Kinder ausschließlich auf seine Kosten zu bestreiten verbunden, und somit Beklagter gehalten, ihr, der Klägerin, den auf die vollständige Alimentation dieser Kinder bereits bestrittenen und noch zu bestreitenden Aufwand zu ersetzen und für die Zukunft in monatlichen Vorauszahlungen zu gewähren."

Ueber die Behauptung, daß sie die Alimente für die Kinder bestritten, trug Klägerin dem Beklagten den Eid an und bat um eine Entscheidung des Inhalts:

> daß Beklagter ihr zur Erziehung der beiden gedachten Kinder vom 23. Juni 1849 bis dieselben ihr Brod selbst zu verdienen im Stande und so lange sie, die Klägerin, dieselben bei sich habe, ein nach richterlichem Ermessen, jedoch nicht unter 18 Thlr. —ˢ —ˢ für jedes auf das Jahr zu bestimmendes Ziehgeld, die verstandenen Alimente, unter Kürzung dreimonatlichen Erziehungsbeitrags für ein Kind, sofort, die künftigen in monatlichen Vorausbezahlungen zu gewähren, die Proceßkosten aber ab- und zu erstatten schuldig.

Beklagter gestand in der Hauptsache den Grund der Klage zu, bestritt jedoch unter dem Bemerken, daß eheliche Kinder vermöge der väterlichen Gewalt dem ehelichen Vater gehörten, Klägerin aber darüber, wie gegen die Gesetze die ehelichen Kinder der Gewalt und Erziehung des Vaters entzogen werden können und sich bei der Mutter aufhalten dürfen, sich nicht legitimirt habe, die ihm angesonnene Alimentationsverbindlichkeit, und schützte außerdem noch mehrere Ausflüchte, darunter die der Compensation, unter Eidesantrag vor.

In dem am 29. April 1852 publicirten Urthel des Königl. Spruchcollegii nun wurde Klägerin mit ihrem Suchen, insofern es die von derselben geforderten Alimente für die fraglichen beiden Kinder über das sechste Lebensjahr hinaus betrifft, „da sie selbige blos dann würde verlangen können, wenn deren Ernährung und Erziehung von Beklagtem verweigert worden oder solche Umstände vorhanden wären, unter denen die Ernährung und Erziehung der Kinder vorzugsweise ihr, nicht aber dem Beklagten zu überlassen sein würde,

vergl. Ackermann, Rechtssätze, Nr. 42. S. 50 f."

in der angebrachten Maaße abgewiesen, dagegen, was die Alimente der gedachten beiden Kinder bis zum erfüllten sechsten Lebensjahre anlangt, Beklagter des Grundes der Klage für geständig erachtet, jedoch ihm der Beweis seiner peremtorischen Ausflüchte, ingleichen der Einrede der Compensation nachgelassen.

Gegen dieses Urthel wendete Klägerin Appellation ein, einmal, weil die Klage, insofern sie auf Alimente für die Kinder über das sechste Lebensjahr hinaus gerichtet, angebrachter Maaßen abgewiesen, dann, weil Beklagtem der Beweis seiner Ausflüchte nachgelassen worden, und bemerkte in der ersteren Beziehung Folgendes:

„Die Vorschrift des gemeinen Rechts, Nov. 117. cap. 7., daß jeder eheliche Vater für die Alimente seiner ehelichen Kinder aufzukommen habe, sei nirgends aufgehoben. Allerdings habe sich ein Gerichtsbrauch gebildet, nach welchem ein solcher Vater seine ehelichen Kinder, nach Scheidung der Eltern, dafern die Mutter die Schuld zu letzterer trage, mit dem sechsten Jahre selbst erziehen könne, ja in neuerer Zeit sei auch auf den Grund der Scheidung keine Rücksicht genommen worden. Allein dieser Gerichtsbrauch setze stets die Cognition des zuständigen Richters, also der betreffenden obervormundschaftlichen Behörde, über die im nicht gewöhnlichen Rechtswege zu erörternde Frage der Zuweisung der Kinder an den Vater nach erfülltem sechsten Lebensjahre voraus. Nun sei aber in dem gegenwärtigen Falle nicht einmal das Proceßgericht die zu Erörterung der erwähnten Frage competente Behörde, sondern dieselbe stehe den Gerichten zu L. zu und es sei sonach von dieser Frage hier ganz abzusehen."

Das Königliche Appellationsgericht zu Zwickau erkannte hierauf reformatorisch, insofern es zunächst nur zwei der vom Beklagten geltend gemachten Compensationsposten beachtete und auf den darüber angetragenen und von der Klägerin angenommenen Eid erkannte, im Uebrigen aber Beklagten, unter Voraussetzung der eidlichen Ablehnung jener Posten, verurtheilte, der Klägerin für und zu Ernährung der beiden in Frage befangenen Kinder die geklagten Ernährungsgelder mit 18 Thlrn. —⁄— für jedes Kind auf das Jahr, jedoch unter Abzug des dreimonatlichen Betrags einer einzelnen Jahresleistung, und zwar die rückständigen sofort, die ferner erwachsenden in vierteljähriger Vorausentrichtung „bis dahin, wo durch eine feststehende Entschließung der zuständigen Obervormundschaftsbehörde die Klägerin wegen Ausantwortung der Kinder an den Beklagten in Verzug gekommen sein werde", zu bezahlen. Dem Beklagten wurde diese Entschließung, soweit es nicht bereits geschehen, gehörigen Orts auszubringen, anheimgegeben, endlich aber Compensation der Kosten in erster und zweiter Instanz ausgesprochen.

Von den Entscheidungsgründen, welche diesem am 12. März 1853 publicirten Erkenntnisse beigegeben waren, sind hier folgende auszuheben:

„Nachdem Beklagter das gesprochene Urthel in Rechtskraft übergehen lassen, so steht dermalen schon hierdurch unter den Parteien fest, daß derselbe zu Entrichtung der geforderten Ernährungsgelder bis zum erfüllten sechsten Lebensjahre jedes der beiden in der Klage erwähnten Kinder rechtlich verbunden und selbige ungeachtet der ihm zustehenden väterlichen Gewalt früher von der Mutter abzufordern nicht berechtigt gewesen ist. Allein die neuere Praxis hat auch in Bezug auf das Recht des ehelichen Vaters, seine Kinder von der Mutter zur eignen Erziehung nach dem sechsten Lebensjahre ausgeantwortet zu verlangen, die auf der väterlichen Gewalt beruhende Strenge der Römischen Gesetzgebung wesentlich gemildert und zum Vortheile der Kinder den Satz angenommen, daß, wenn selbige einmal der Mutter überlassen gewesen, sie auch wider den Willen und beziehendlich auf Kosten des Vaters in dem bestehenden Verhältnisse zu verbleiben haben, wenn dadurch ihre körperliche und geistige Ausbildung in überwiegender Weise gefördert wird, daher in dieser Richtung das Ermessen lediglich der obervormundschaftlichen Behörde für zuständig erachtet, und ehe solches zu Gunsten des Vaters festgestellt ist, die Verbindlichkeit des letztern zu Gewährung von Ernährungsgeldern nicht in Wegfall kommen lassen. Zu einer solchen Annahme giebt schon cap. 7. Nov. 117. einiges Anhalten; derselben wird von

Haubold, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, §. 82. not. 5.

unter Bezugnahme auf ältere Rechtslehrer beigepflichtet, und der jetzt erkennende Gerichtshof hat darnach mehrere gleiche, zwischen geschiedenen Eheleuten vorgekommene Irrungen (folgt die Angabe der betreffenden Rechtssachen) entschieden, wie denn auch ein in der letztern Sache eingewendeter Recurs von dem Königlichen Ministerium der Justiz als für sich gehörig und daher die Irrung als eine reine Vormundschaftssache betreffend erachtet, das Nämliche auch von dem Königlichen Oberappellationsgerichte in Sachen S. ⁄. verw. G., Gericht B., ausgesprochen worden ist.

Auf dieser Annahme nun, welcher zudem das von dem Bl. — genannten Schriftsteller angezogene Erkenntniß nicht geradehin entgegentritt, sowie der Erwägung, daß beide Kinder der Klägerin bei Trennung der Ehe ohne Widerspruch des Beklagten verblieben sind und das jüngste derselben sogar erst im Laufe des Rechtsstreits das sechste Lebensjahr erfüllt hat, also vor allen Dingen erst zu ermessen ist, ob es zum Vortheile der Kinder gereichen werde, das bisher bestandene Verhältniß zu ändern, beruht die zur ersten Beschwerde gegebene abändernde Entscheidung, und es muß Beklagtem lediglich überlassen bleiben, soweit es noch nicht geschehen, ein ihm günstiges Ermessen der zuständigen obervormundschaftlichen Behörde auszubringen und dadurch, was die verlangte Ausantwortung der Kinder betrifft, die Klägerin in Verzug zu setzen, während bis dahin

ſeine Verbindlichkeit zu Gewährung von Erziehungsgeldern fortzudauern hat."

Durch dieſes Erkenntniß fühlte ſich Beklagter beſchwert, und in Folge der von ihm dagegen eingewendeten Berufung ertheilte das Königliche Oberappellationsgericht unterm 1. Juni 1853 folgende Entſcheidung:

„Daß es bei dem angezogenen Erkenntniſſe, inſoweit darin die Klage rückſichtlich derjenigen Alimente für ſchlüſſig erachtet worden iſt, die die Klägerin von Beklagtem für die mit demſelben in der Ehe erzeugten beiden Kinder nach vollendetem ſechſten Lebensjahre eines Jeden derſelben fordert, und inſoweit darin Beklagter demgemäß nach Bl. — verurtheilt worden iſt, nicht zu laſſen, ſondern es hat der Klägerin Suchen inſoweit in der angebrachten Maaße nicht ſtatt, dagegen wird im Uebrigen das Erkenntniß zweiter Inſtanz hiermit beſtätigt und werden die durch das eingewendete Rechtsmittel entſtandenen Koſten unter den Parteien gegen einander aufgehoben."

Die Gründe zum reformatoriſchen Theile dieſer Entſcheidung lauten folgender Maaßen:

„Nachdem Beklagter das Erkenntniß erſter Inſtanz Bl. —, in welchem er der Klage inſoweit für geſtändig erachtet worden iſt, als darin Klägerin von ihm für die mit ihm in der Ehe erzeugten Kinder Alimente bis zum vollendeten ſechſten Lebensjahre eines Jeden derſelben verlangt, in Rechtskraft hat übergehen laſſen, fragt es ſich zunächſt gegenwärtig, ob Klägerin, die geſchiedene Ehefrau des Beklagten, berechtigt iſt, von Beklagtem für dieſe Kinder auch nach dieſem Zeitpunkte noch Alimente zu verlangen? Dieſe Frage hat man in erſter Inſtanz verneint, dagegen in zweiter Inſtanz unter der Bl. — angegebenen Modalität bejaht.

Rückſichtlich dieſer Frage iſt im Allgemeinen zu bemerken, daß der eheliche Vater eines Kindes nach Trennung der Ehe, ſei dieſes durch den Tod oder durch Scheidung, in Folge ſeiner väterlichen Gewalt berechtigt iſt, die Sorge für dieſe Kinder, die Erziehung derſelben, ſowie überhaupt Alles, was zu ihrer Ausbildung und Fortbildung gehört, ſelbſt zu übernehmen. Die Erziehung der Kinder kann nun allerdings dem ehelichen Vater von der hierzu competenten Behörde entweder zeitweilig oder für immer genommen und der ehelichen Mutter derſelben oder auch einer dritten Perſon übertragen werden, es iſt jedoch erforderlich, daß zunächſt erſt bei der competenten Behörde, inſofern ſich letztere zu einer derartigen Maaßregel nicht Amtshalber ſelbſt entſchließt, Anträge unter Angabe von Gründen geſtellt, daß letztere von der competenten Behörde geprüft und ſodann erſt Entſchließung gefaßt werde, daß dem ehelichen Vater das ihm an ſich zuſtehende Erziehungsrecht ſeines Kindes entweder nur zeitweilig oder auf immer entzogen werden ſolle. So lange eine derartige Entſchließung der competenten Behörde nicht vorliegt, iſt auch Niemand, und ſelbſt die eheliche Mutter ohne Weiteres nicht, berechtigt, ſich der Erziehung der Kinder anzumaaßen, und ſodann Alimente für die Kinder zu verlangen. Will die Mutter für die Vergangenheit Alimente von dem Vater für ihre ehelichen Kinder verlangen, ohne ſich hierbei auf eine frühere Genehmigung der competenten Behörde zur Erziehung der Kinder ihrerſeits zu beziehen, ſo muß ſie mindeſtens ſolche Thatſachen anführen, woraus ſich erkennen läßt, daß eine Nothwendigkeit dafür vorlag, daß die Erziehung der Kinder von ihr beſorgt wurde. Die bloße Thatſache, daß die Kinder bei der Mutter ſich befunden und von ihr erzogen worden ſind, genügt allein nicht, um von dem ehelichen Vater derſelben ſpäter Alimente einklagen zu können. Hat die Mutter wider den Willen des Vaters oder auch nur freiwillig ſich der Erziehung der Kinder angemaaßt, ſo kann aus dieſer an ſich widerrechtlichen Handlung allein ein Anſpruch an den Vater nicht abgeleitet werden.

Im vorliegenden Falle hat nun die Klägerin ſich weder darauf bezogen, daß ihr die Erziehung der mit dem Beklagten in der Ehe erzeugten Kinder von der competenten Behörde auch nach vollendetem ſechſten Lebensjahre derſelben überlaſſen worden ſei, noch darauf, daß Umſtände vorgelegen hätten, in Folge deren erforderlich geweſen ſei, daß ſie auch nach dieſem Zeitpunkte die fraglichen beiden Kinder noch ernähre und erziehe, noch endlich darauf, daß Beklagter ſein Einverſtändniß, daß ſie die Kinder auch nach deren ſechſtem Lebensjahre erziehe, thatſächlich oder ausdrücklich zu erkennen gegeben habe. Zur Begründung der Klage iſt weiter etwas nicht angegeben, als daß Klägerin die Kinder ernährt und erzogen habe und noch ferner erziehen wolle. Reicht dieſes Anführen nach dem Obangegebenen nicht aus, ſo war auch die Klage, inſoweit in ſolcher Alimente nach vollendetem ſechſten Lebensjahre eines jeden Kindes gefordert werden, wie ſchon in dem Urthel Bl. — geſchehen, in der angebrachten Maaße abzuweiſen und demgemäß das Erkenntniß zweiter Inſtanz abzuändern."

## 11.

### Ein im Wechſelproceſſe geſprochenes Erkenntniß begründet kein Executionsverfahren in das Vermögen des Schuldners.

Mitgetheilt von
Herrn J. in L.

Bei dem Kreisamte L. ſtellte im Jahre 1852 V. gegen H. wegen 37 Thlrn. 24 Ngr. — Miethzinsſchuld auf Grund des in einem übergebenen Miethcontracte enthaltenen Verſprechens der Bezahlung des Miethzinſes nach Wechſelrecht die Wechſelklage an und beantragte die Verurtheilung des Beklagten zu Zahlung der Schuldſumme nach Wechſelrecht. Es erfolgte die Realcitation und Beklagter recognoscirte im Wechſelverhör den Miethcontract nach Inhalt und Unterſchrift, räumte die Klage ein und unterwarf ſich dem Klaggeſuch, wogegen Kläger ſolches Alles acceptirte. Es waren ſomit die Bedingungen für die beantragte Condemnation gegeben, die Parteien verglichen ſich jedoch zu einſtweiliger Beanſtandung des Verfahrens dahin, daß Beklagter binnen gewiſſer Friſt die geklagte Wechſelſchuld c. a. zu zahlen ſich verpflichtete. Aus dieſem Vergleiche beantragte nach Ablauf der Zahlungszeit wegen nicht erfolgter Befriedigung Kläger unter Vorbehalt des Wechſelrechts die executiviſche Einziehung ſeiner Forderung aus gewiſſen Vermögensgegenſtänden des Beklagten. In Deferirung dieſes Antrags fertigte das Proceßgericht eine nach Maaßgabe §. 10. jcto §. 43. des Executionsgeſetzes vom 28. Februar 1838 eingerichtete Auflage zu Einleitung des Executionsverfahrens aus. Ueber die legale Inſinuation derſelben entſtanden Zweifel, da zur Zeit des erfolgten Anſchlags der Auflage an die Thür der bisherigen Wohnung des nicht anweſend getroffenen Beklagten es ungewiß war, ob Beklagter jene Wohnung noch inne habe. Spätere über dieſen Punkt angeſtellte Erörterungen ſtellten die Entfernung des Beklagten aus ſeinem bisherigen Wohnorte feſt, es wurde deshalb die Auflage als nicht inſinuirt angeſehen und Kläger mit dem Antrag auf Hülfsvollſtreckung abgewieſen. Gegen dieſe Beſcheidung wendete dieſer Berufung ein, welche das Königliche Appellationsgericht zu L. durch Verordnung vom 15. Februar 1853 in Rückſicht auf die erwähnten Erörterungen verwarf. Auf anderweite Appellation des Klägers fertigte das gedachte Königliche Appellationsgericht eine von dem Königlichen Oberappellationsgerichte unter dem 14. April 1853 erlaſſene Verordnung in vidimirter Copie nebſt Entſcheidungsgründen im Originale dem Proceßgericht zu, in welcher ausgeſprochen iſt, daß es bei der Verordnung vom 15. Februar 1853 bewende.

Die Entſcheidungsgründe, ſoweit ſie auf den Wechſelproceß ſich beziehen, ſind folgende:

„Dem Antrage des Klägers Bl. — um Fortſtellung des Executionsverfahrens in der dort bezeichneten Maaße iſt Seiten des Proceßgerichts um deswillen nicht entſprochen worden, weil die Hülfsauflage Bl. — dem Beklagten nicht behändigt werden können und die dict. fol. referirte Annagelung der Auflage an die Stubenthüre mit Rückſicht auf neuere Ermittelungen über die Entfernung Beklagtens von L. als eine legale Inſinuation nicht anzuſehen ſei. In zweiter Inſtanz iſt dieſer Anſicht Bl. — beigetreten worden. Nun kann aber die von Klägerm weiter erörterte Frage über die Legalität dieſer Inſinuation ganz auf ſich beruhen, da der Bl. — beantragten Executionsvollſtreckung ſelbſt bei einer legalen Inſinuation der Auflage wegen des mangelhaften Inhaltes der letzteren Anſtand zu geben ſein würde.

Durch die Bl. — flg. zu leſende Klage und die Bl. — in Gemäßheit des Antrags Bl. — angewendete Realcitation iſt lediglich der Wechſelproceß gegen Beklagten angeſtellt und anhängig geworden. In dem durch dieſe Klage eröffneten Rechtsſtreite handelte es ſich daher um die wechſelmäßige Anhaltung des Beklagten zu Bezahlung der libellirten Miethzinsforderung ſammt Koſten. Wäre es in dem Verhörstermine Bl. — zu Publication eines Beſcheides gekommen und wäre dieſer condemnatoriſch ausgefallen, ſo hätte er Beklagtens Verurtheilung zu Bezahlung der libellirten Forderung nach Wechſelrecht zum Gegenſtande gehabt und die Vollſtreckung dieſes Beſcheides hätte lediglich in Anlegung des Perſonalarreſtes beſtehen können. Ein Executionsverfahren in das Vermögen des Schuldners in Gemäßheit des erſten Abſchnittes des Executionsgeſetzes vom 28. Februar 1838 läßt ſich auf ein im Wechſelproceſſe geſprochenes Erkenntniß nicht begründen. Denn in dieſem Proceßverfahren wird lediglich die Wechſelverbindlichkeit geltend gemacht und die Verurtheilung nur auf die Anlegung des Perſonalarreſtes bis zu Bezahlung der Schuld gerichtet. Der Perſonalarreſt iſt das einzige, dem Wechſelproceſſe angehörige Executionsmittel, und Man würde die Grenzen des angeſtellten Proceſſes auf unzuläſſige Weiſe überſchreiten, wenn Man Klägerm in der Executionsinſtanz auf einem andern, als auf dem von ihm betretenen Wege und durch ein anderes, als das im Beſcheide anerkannte Mittel zu ſeiner Forderung verhelfen wollte. Es müßte dies um ſo bedenklicher erſcheinen, da die Verurtheilung eines Beklagten im Wechſelproceſſe noch keine vollkommene

Gewißheit der materiellen Begründung der Forderung darbietet, welche in dieser besondern Proceßart beigetrieben wird, und nur in dem einzigen Falle soll nach dem zweiten Abschnitt von §. 46. des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849 der Richter den angestellten Wechselproceß in das durch das Gesetz vom 28. Februar 1838 geregelte Executionsverfahren hinüber leiten, wenn gegen denjenigen, welcher die Wechselverbindlichkeit eingegangen, der Wechselarrest nach dem zuerst gedachten Gesetze nicht zulässig ist.

Nun ist es zwar im vorliegenden Falle zu einer Bescheidsertheilung nicht gekommen und der Antrag des Klägers Bl. — auf Einleitung des Executionsverfahrens beruht auf der in dem Verhörstermine Bl. — getroffenen Vereinigung. Bei der über die Statthaftigkeit dieses Executionsantrages und die rechtliche Wirksamkeit der Bl. — nicht nach §. 90. flg., sondern nach §. 10. des Executionsgesetzes erlassenen Auflage offenbar entscheidenden Frage, ob die erwähnte Vereinigung einen Vergleich im Sinne von §. 85. des Executionsgesetzes enthalte, ist aber die so eben herausgehobene eigenthümliche Natur des vorliegenden Processes, als eines Wechselprocesses, von Wichtigkeit. Denn ist es auch zu der Anwendbarkeit dieser Paragraphe keineswegs erforderlich, daß der Vergleich hinsichtlich der von Beklagtem dadurch übernommenen Leistung mit der Klage übereinstimme, so muß doch, wenn das im ersten und zweiten Abschnitte des Executionsgesetzes behandelte Executionsverfahren auf einen gerichtlichen Vergleich basirt werden soll, der durch diesen beendigte Proceß ein solcher sein, in dessen Fortgange und bei dessen Beendigung durch Erkenntniß es überhaupt zu einem Vollstreckungsverfahren nach den beiden ersten Abschnitten des Executionsgesetzes hätte kommen können. In dieser processualischen Richtung muß die Motive, aus welcher die Einschaltung der §. 85. in das Gesetz von den Ständen beantragt worden, bei der Interpretation berücksichtigt und der Gesichtspunkt als maaßgebend angesehen werden, daß der Vergleich die Stelle eines rechtskräftigen Erkenntnisses vertreten solle.

Vergl. Landtagsacten von 1837. — Beilage zur III. Sammlung 3. S. 570.

Der Vergleich hat nicht über das Erkenntniß, sondern diesem nur gleich gestellt werden sollen, und aus vorstehenden Gründen ist die Vereinigung im Verhörstermine als ein Vertrag anzusehen, durch welchen Kläger zwar bestimmt worden ist, den anhängig gemachten Wechselproceß nicht weiter fortzustellen, dessen Realisirung aber nicht in dem anhängigen Processe durch Einleitung des Executionsverfahrens, sondern durch Anstellung eines neuen Processes zu erfolgen hat.

Daß die gerichtliche Urkunde Bl. — [das Protokoll über den Verhörstermin] eine geeignete Unterlage für den ebenfalls sofort mit der Hülfsauflage beginnenden Executionsproceß (Abschnitt III. des Gesetzes vom 28. Februar 1838.) gewährt, kann zu Aufrechterhaltung der Auflage Bl. — nicht führen, da diese, wenn es auch der Einräumung einer Sächsischen Frist wegen der Geringfügigkeit des Schuldbetrages nicht bedurfte, wenigstens den Vorschriften der §. 90. und §. 91. des Executionsgesetzes nicht entspricht. Es entbehrt daher das Executionsverfahren, dessen Fortstellung Kläger beantragt, überhaupt der nöthigen Unterlage, wenn Man auch das Hülfspräcept Bl. — für legal insinuirt ansehen wollte."

---

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 21. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1853) enthält: No. 89. Verordnung, die Bestellung eines Landtagswahlcommissars betreffend; vom 1. December 1853. No. 90. Verordnung über die Bestrafung der Vergehen gegen die Zollgesetze der durch Handels- und Zollvertrag mit dem Zollvereine verbundenen K. K. Oesterreichischen Staaten; vom 3. December 1853. No. 91. Verordnung, die Cautionen der Auswanderungsagenten betreffend; vom 6. December 1853. No. 92. Verordnung, die Beschleunigung der Einlieferung geisteskranker Personen in die Heilanstalt zu Sonnenstein betreffend; vom 29. November 1853. — Letzte Absendung: am 23. December 1853.

Das 22. Stück desselben Gesetz- u. Verordnungsblattes enthält: No. 93. Decret wegen Bestätigung der Statuten des Actienvereins für Gasbeleuchtung der Stadt Zwickau; vom 29. November 1853. No. 94. Verordnung, den Beitritt der Regierung der Landgrafschaft Hessen-Homburg und der freien Stadt Hamburg zu dem Staatsvertrage vom 15. Juli 1851 betreffend; vom 17. December 1853. No. 95. Verordnung, den wegen Fortdauer des Anschlusses des Fürstenthums Pyrmont an das Zollsystem Preußens und den übrigen Staaten des Zollvereins abgeschlossenen Vertrag betreffend; vom 22. December 1853. No. 96. Verordnung, die Eingangszollsätze vom ausländischen Syrup betreffend; vom 30. December 1853. — Letzte Absendung: am 4. Januar 1854.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Offizin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 48 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 8.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


### 12.

Ausschließliche Cognition der Ehegerichte über die gesetzliche Alimentationspflicht des Ehemannes während des Ehestreits. — Pflicht des Vaters zur Ernährung der ehelichen Kinder nach der Ehescheidung. — Erfordernisse der Klagbegründung, wenn die Mutter die von ihr für die Kinder aufgewendeten Alimente vom Vater ersetzt verlangt. — Verjährung rückständiger Alimente. — Begründung der Klage eines Gläubigers, welcher sich beim Concurse nicht gemeldet gehabt, gegen den ehemaligen Cridar.

Mitgetheilt von
Herrn A. —r in D.

Ueber die obigen Fragen hat sich das Königl. Appellationsgericht zu Dresden in den Gründen zu einem von demselben im Jahre 1853 gesprochenen Erkenntnisse in folgender Maaße verbreitet:

„Bei der rechtlichen Beurtheilung des von der Klägerin erhobenen Anspruchs sind zuvörderst zwei Zeiträume, welche derselbe umfaßt, zu unterscheiden:

1) die Zeit, während welcher die Parteien mit einander im Eheprocesse befangen gewesen sind, von welcher Zeit nach Inhalt der Klage wenigstens ein Theil, nämlich die vom 1. August 1846 bis mit dem 25. November 1846, als an welchem Tage das von dem Königl. Appellationsgericht zu Leipzig am 15. Juli 1846 unter der Bedingung einer Eidesleistung der Klägerin gesprochene Scheidungsurthel von der letztern purificirt worden ist.

2) die Zeit nach erfolgter Ehescheidung, also vom 26. November 1846 an.

Zu 1.

Für die Dauer eines Ehestreites haben die Ehegerichte festzustellen, welcher Ehegatte für die Erziehung der Kinder zu sorgen und ob und in welcher Größe der Ehemann der Ehefrau Alimente auch für die Kinder zu verabreichen habe. Die ehegerichtliche Competenz rücksichtlich dieses Punkts ist aber eine ausschließliche, so daß über die nurbemerkten Fragen so lange, als es sich dabei lediglich um die gesetzliche und nicht etwa um eine aus einem besonderen Verpflichtungsgrund, z. B. aus einem Vertrage, abgeleitete Verbindlichkeit des Ehemanns handelt, die Cognition der ordentlichen Civilgerichte als solcher durchaus unstatthaft ist.

Gesetz über privilegirte Gerichtsstände ꝛc. vom 28. Januar 1835. (C.) §. 64.

Verordnung, die Entscheidung eines Zweifels ꝛc. betr., vom 5. August 1847. (G.- u. V.-Bl. S. 133.)

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 5. S. 467 flg.

Der Grund dieser ausschließlichen Zuständigkeit der Ehegerichte in der angegebenen Beziehung liegt aber darin, daß die Beantwortung der Frage: ob der Ehemann zur Gewährung von Alimenten während der Dauer eines Ehestreites gesetzlich gehalten sei, von der Cognition über rein eherechtliche Fragen, namentlich darüber: ob der Ehefrau während jener Zeit von dem Ehemanne gesondert zu leben gestattet sei, also über solche Fragen abhängt, zu deren gerichtlicher Verhandlung und Entscheidung einzig und allein die Ehegerichte berufen sind. Deshalb kann es in der in Rede stehenden Hinsicht auch keinen

Unterſchied machen, ob der Eheproceß noch anhängig oder bereits beendigt ſei, vielmehr erſcheint auch in dem letztern Falle der Streit über die auf die Zeit des formell beendigten Eheſtreits verlangten Alimente materiell immer noch als ein Nebenpunkt dieſes Proceſſes.

Nach dieſer Anſicht*), welche auch von anderen Ehegerichten und vom Königlichen Oberappellationsgericht getheilt wird,

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, 1845. S. 15 f., 1847. S. 257 ff., 317 ff.

namentlich von dem letztern Gerichtshofe noch am 24. Juli 1851 in der vor dem Landgericht zu Freiberg zwiſchen Johannen Chriſtianen Roſinen G., Klägerin, gegen Gottlieb Friedrich G., Beklagten, anhängig geweſenen Rechtsſache ausgeſprochen worden iſt, war die erhobene Klage inſoweit, als ſie die Gewährung von Alimenten auf eine Zeit, während welcher die Parteien vor dem Königlichen Appellationsgericht zu Leipzig im Eheproceſſe ſich befunden, von dem Stadtgericht zu Dresden, als einem in dieſer Hinſicht incompetenten Gericht, wegzuweiſen, der Klägerin jedoch nachzulaſſen, mit ihren diesfallſigen Anträgen an das zuſtändige Ehegericht ſich zu wenden. Doch wird ſie, bevor ſie hierzu verſchreitet, wohl zu überlegen haben, ob der von ihr erhobene Anſpruch inſoweit nicht auch materiell unſtatthaft ſei, in welcher Beziehung Man ſie auf Dasjenige verweiſt, was im Folgenden über die ihr entgegenſtehende Verjährung bemerkt werden wird.

Zu 2.

Wenn Beklagter Bl. — den Satz, daß lediglich das zuſtändige Ehegericht über die Frage, welchem Ehegatten die Kinder zur Erziehung zu überlaſſen ſeien, zu entſcheiden habe, auch auf die Zeit nach der Beendigung der Ehe angewendet wiſſen will, ſo befindet er ſich hierin in offenbarem Widerſpruche mit dem Geſetz,

angef. Geſetz vom 28. Januar 1835. §. 64.

Es gebührt vielmehr die Cognition über jene Frage dem ordentlichen Richter. Hat ſonach Klägerin, ſoweit ihr Anſpruch auf die Zeit nach der Eheſcheidung, alſo vom 26. November 1846 an, ſich erſtreckt, das zuſtändige Gericht gewählt, ſo fragt es ſich zunächſt, ob ihr diesfallſiges Vorbringen ſchlüſſig ſei.

In den Rechten begründet iſt es, daß nach erfolgter Eheſcheidung die Verpflichtung zur Ernährung und Erziehung der in der Ehe erzeugten Kinder den Vater vorzugsweiſe und noch vor der Mutter trifft. Dem Vater ſind daher auch, dafern nicht ein beſonderes Bedenken eintritt, über welches der Richter nach pflichtmäßigem Ermeſſen zu cognosciren hat, in der Regel die Kinder zur eigenen Ernährung und Erziehung zu überlaſſen.

L. un. C. div. facto ap. quem lib. (V. 24.) Nov. 117. c. 7.

Bauer, Responsa, Vol. I. resp. XXXVII. p. 155.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. 28. S. 62 flg.

v. Weber, Syſt. Darſtell. d. im K. Sachſen gelt. Kirchenrechts, Th. 2. Abth. 3. S. 1313 f.

Hieraus folgt, daß, wenn die Mutter nach der Eheſcheidung die Kinder an ſich genommen und ernährt hat, ſie nicht ohne Weiteres berechtigt iſt, die Vergütung des von ihr beſtrittenen Erziehungsaufwands von dem Vater zu verlangen. Zwar ſteht einem ſolchen Anverlangen nicht, wie man häufig behauptet hat, die Vermuthung entgegen, daß die Mutter den Aufwand für ihr Kind aus mütterlicher Zuneigung, und alſo nicht in der Abſicht, einen Erſatz für denſelben zu fordern, beſtritten habe; denn die von einer ſolchen Vermuthung ausgehenden Ausſprüche der Quellen

L. 34. D. de negot. gest. (III. 5.)

L. 11. C. eod. (II. 19.)

beziehen ſich nur auf den Fall, wenn die Mutter gegen das von ihr ernährte Kind ſelbſt mit einem Anſpruche auf Erſtattung der Alimente auftritt, nicht aber auf den weſentlich verſchiedenen Fall, wenn die Mutter dem von ihr geſchiedenen Vater des Kindes gegenüberſteht, als in welchem Falle in der Regel ein animus donandi nicht vorausgeſetzt werden kann.

L. 5. §. 14. D. de agnosc. et al. lib. (XXV. 3.)

v. Glück, a. a. O. S. 215 ff. u. 299 f.

Vielmehr ſteht jenem von der Mutter des Kindes gegen den Vater deſſelben gerichteten Suchen, wenn letzteres blos auf die Thatſache der Ernährung und Erziehung des Kindes geſtützt wird, der Umſtand entgegen, daß ſie einerſeits in die Rechte des Vaters unbefugter Weiſe eingegriffen, andererſeits lediglich ihre eigene ſubſidiäre Verpflichtung erfüllt habe. Daher muß in einem ſolchen Falle die klagende Mutter ſich auf ſolche beſondere Umſtände beziehen, aus denen hervorgeht, daß ſie ſich der Ernährung und Erziehung des Kindes entweder mit dem ausdrücklichen oder zu präſumirenden Willen des Vaters deſſelben, oder zwar ohne deſſen Zuſtimmung, aber unter Verhältniſſen unterzogen habe, unter denen

*) Dieſelbe weicht zum Theil weſentlich von derjenigen ab, welche Leungnick in der Zeitſchrift für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. 9. S. 123 f. vertheidigt hat.

Anm. des Einſenders.

dem Vater die Ausübung seines Vorrechts nicht gestattet werden konnte. Dahin gehört nach einem in Sachsen feststehenden Gerichtsbrauche der Fall, wenn das Kind das sechste Altersjahr noch nicht erfüllt hat, als bis zu welchem Alter, mit dem erst die Schulpflichtigkeit beginnt, wegen des dringenden Bedürfnisses der mütterlichen Pflege die Ernährung und Erziehung der Mutter, wenn nicht besondere Bedenken eintreten, zu überlassen ist; ferner gehört dahin der Fall, wenn die Obrigkeit der Mutter die Erziehung und Ernährung eines Kindes von höherem Alter ausdrücklich zugewiesen hat; endlich sind zu jenen Umständen auch solche zu rechnen, unter welchen das Gericht kein Bedenken hätte tragen können, der Mutter, wenn sie darum nachgesucht hätte, das Kind vorzugsweise zu überlassen, z. B. unsittlicher Lebenswandel des Vaters, Mangel eines festen Aufenthalts desselben; Weigerung der Aufnahme des Kindes von seiner Seite u. dergl. m. Die Beziehung auf derartige besondere Umstände genügt aber in Verbindung mit dem Anführen, daß die Mutter den Ernährungs- und Erziehungsaufwand bestritten habe, um eine Klage auf Ersatz desselben gegen den Vater zu rechtfertigen. Insbesondere bedarf es nicht einer Specialisirung aller einzelnen, von der Mutter zu jenem Behufe gemachten Ausgaben, vielmehr ist die Forderung eines Bauschquantums zulässig, sofern nur die Verhältnisse der Parteien aus den Acten insoweit hervorgehen, daß der Richter ermessen kann, wie viel mit Rücksicht auf diese Verhältnisse an Alimenten nothwendiger Weise zu verwenden war.

Prüft Man nun nach diesen Grundsätzen, welche im Wesentlichen in der Sächsischen Praxis allgemein anerkannt sind,

vergl. z. B. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, 1847. S. 228 flg.,

die vorliegende Klage, so ergiebt sich,

a) daß dieselbe insoweit, als sie auf die Zeit vom 26. November 1846. bis zum 15. März 1852 sich bezieht, an sich schlüssig ist. Denn erst an dem letztern Tage erfüllte die nach Bl. — in Frage befangene zweite Tochter der Parteien, Emma Ida, ihr sechstes Altersjahr, es lag also ein besonderer Grund vor, aus welchem dieselbe vorzugsweise der Mutter zu überlassen war. Ebenso stellt sich die Forderung von 20 Thalern —, —, jährlich als ganz angemessen und unter allen Umständen so billig dar, daß der Klägerin dieses Quantum ohne Weiteres zuzuerkennen war. Das Gericht erster Instanz hat ebenso, wie der Beklagte ganz unbeachtet gelassen, daß es sich hier nicht um einen nach dem Mandate, einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder betr., vom 12. November 1828 zu beurtheilenden Alimentenbeitrag handelt, sondern daß hier, wo die Ernährung und Erziehung eines ehelichen Kindes in Frage ist, der zu derselben zunächst verpflichtete Vater die vollen Alimente allein zu gewähren hat.

L. 5. §. 7. 10. 11. D. eod.

Nov. 117. c. 7.

Glück, a. a. O. S. 63.

Nun liegt es aber doch auf der Hand, daß 20 Thaler jährlich das Maaß dessen, was unter den hier vorliegenden Verhältnissen zur Erhaltung eines Kindes, auch des kleinsten, schlechterdings erforderlich ist, nicht erreicht, geschweige denn übersteigt. Daher ist Beklagter unter allen Umständen zur Gewährung wenigstens dieser von der Klägerin geforderten Summe gehalten.

Indessen ist bei der Frage: ob und inwieweit überhaupt Beklagter verurtheilt werden könne, von dem Proceßgericht sowohl, als von beiden Parteien ganz übersehen worden, daß das Gesetz wegen Einführung einer kurzen Verjährungsfrist für gewisse Forderungen vom 25. Juli 1846 die Verjährung von drei Jahren im §. 1. unter Nr. 8. auch für die Forderung rückständiger Alimente eingeführt hat. Nun kann man allerdings die Frage aufwerfen, ob unter „rückständigen Alimenten" blos das, was die zu alimentiren gewesene Person selbst an Alimenten für die Vergangenheit noch zu fordern hat, oder auch das zu verstehen sei, was ein Anderer zur Alimentirung dieser Person aufgewendet hat und von dem eigentlich zu deren Ernährung Verpflichteten erstattet verlangt, wie dies im vorliegenden Falle von der Klägerin geschehen. In einem Falle der letztern Art kann man nämlich, wenn man den Ausdruck juristisch streng nimmt, nicht von einer Forderung „rückständiger Alimente", sondern blos von einer Forderung „rückständiger Verläge, welche durch Alimentation entstanden sind", sprechen. Die Motive des Gesetzes geben über die Frage, wie jener Ausdruck zu verstehen sei, gar keinen Aufschluß. Indessen hat Man dem Geiste des Gesetzes die Annahme, daß auch die von der Mutter verlegten Alimente, welche sie vom Vater ersetzt verlangt, als rückständige Alimente anzusehen seien, für entsprechend gehalten. Denn von solchen verlegten Alimenten gilt ebenso, wie von denen, welche die zu alimentirende Person selbst für die Vergangenheit fordert, der allgemeine Satz, von dem der Gesetzgeber nach den Eingangsworten des Gesetzes ausgegangen ist, daß nämlich die Forderung derselben zu denjenigen Forderungen gehört, deren Bezahlung entweder sogleich oder in kurzer Zeit verlangt und geleistet, und wobei Quit-

tung entweder gar nicht oder in leicht verlierbarer Form gegeben zu werden pflegt. Und, wenn schon die Mutter, indem sie von dem Vater die für das Kind bestrittenen Alimente ersetzt verlangt, einen Verlag einklagt, so geschieht dies doch zugleich auf Grund der gesetzlichen Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentation; der letztere erscheint dabei also immer zugleich als ein Schuldner von Alimenten, und der Gegenstand der Forderung sind zwar verlegte, aber doch rückständige Alimente*).

Wendet man nun jenes Gesetz auf den vorliegenden Fall an, so stellen sich nach §. 2. desselben alle von der Klägerin geforderten Alimente, welche bis zum Schlusse des Jahres 1848 verfallen waren, als verjährt dar. Denn erst durch die nach Bl. — am 29. December 1852 erfolgte Insinuation der auf die vorliegende Klage erlassene Ladung an den Beklagten (§. 5. des angef. Gesetzes unter a.) ist die Verjährung unterbrochen worden, so daß nur die vom 1. Januar 1849 bis zum 15. März 1852, als dem Tage, an welchem das in Rede stehende Kind das sechste Altersjahr erfüllt hat, erwachsenen Alimente als unverjährt angesehen werden können. Zwar hat sich Klägerin Bl. — auch noch auf ein nach ihrer Angabe „gerichtlich" von dem Beklagten geschehenes Anerkenntniß seiner Alimentationsverbindlichkeit bezogen. Allein jene Bezeichnung ist unrichtig und widerstreitet dem Inhalte der von der Klägerin selbst Bl. — beigebrachten Urkunde geradezu. Denn nach Bl. — ist jenes Anerkenntniß nicht vor Gericht, sondern vor der vormaligen Stadtpolizeideputation zu D. erfolgt. Ein vor einer Polizeibehörde bewirktes Anerkenntniß gehört aber nicht zu den im §. 5. des angezogenen Gesetzes festgesetzten Arten der Unterbrechung der durch dasselbe eingeführten Verjährung.

Da der Richter die Einrede der Verjährung, wenn sie aus den Acten sofort liquid ist, von Amtswegen berücksichtigen muß,

Const. 25. P. I.

so war nach dem Vorstehenden die Klage insoweit, als sie sich auf die Zeit vom 16. August 1846 bis zum 31. December 1848 bezieht, abzuweisen, jedoch nur in der angebrachten Maaße, da es immer noch denkbar ist, daß Klägerin in einer neuen Klage durch ein angemessenes Vorbringen die ihr jetzt entgegenstehende Einrede beseitigen könne. Durch diese Abweisung erledigt sich von selbst die Frage: ob dem Klaganspruch rücksichtlich jener Zeit nicht noch andere Einwendungen entgegenstehen. Doch will Man nicht unterlassen, die Klägerin darauf aufmerksam zu machen, daß sie vor Anstellung einer neuen Klage jedenfalls auch zu erwägen haben wird, ob nicht während des zu dem Vermögen des Beklagten eröffnet gewesenen Concurses, d. h. nach Bl. — vom 7. September 1846 bis zum 8. December 1847, die Verbindlichkeit zur Ernährung des Kindes auf sie übergegangen gewesen sei, da, wenn der Vater vermögenslos ist, die Mutter zur Alimentation der Kinder aus ihren eigenen Mitteln gesetzlich verpflichtet ist.

L. 5. §. 7. L. 8. de cod.

Nov. 117. c. 7.

Glück, a. a. O. S. 215 flg.

Dagegen kann davon nicht die Rede sein, was in den Entscheidungsgründen erster Instanz ausgesprochen worden ist, daß Klägerin ihren Anspruch auf die vor Eröffnung des Concurses verfallenen Alimente dadurch verloren habe, daß sie diesen Anspruch im Concursprocesse nicht liquidirt hat. Denn es ist bekannten Rechtens, daß, wer im Concurse nicht liquidirt, dadurch nur von der Concursmasse ausgeschlossen wird, mithin blos das Recht auf Befriedigung aus dieser, nicht aber seine Forderung verliert.

Dagegen war Beklagter in die geforderten Alimente bis zum erfüllten sechsten Lebensjahre des Kindes, soweit sie nicht verjährt sind, zu verurtheilen. Denn wenn er gegen die diesfallsige Forderung der Klägerin einwendet, Bl. —, dieselbe habe nicht angeführt, daß er zu besseren Vermögensumständen gekommen sei, so stellt sich dieser Einwand in jeder Beziehung als nicht genügend gerechtfertigt dar. Soweit derselbe sich nämlich darauf bezieht, daß die Verpflichtung zur Alimentation auf die Klägerin, als die subsidiär zu derselben verbundene Mutter, übergegangen sei, so war es Sache des Beklagten, als des primär Verpflichteten, Thatsachen anzuführen, aus denen jener Uebergang sich ergeben hätte. Dies hat er nun zwar rücksichtlich der oben bemerkten, hier aber nicht in Betracht kommenden Zeit vom 7. September 1846 bis zum 8. December 1847 dadurch zu thun versucht, daß er sich darauf berufen, er sei während dieser Zeit im Concurs gewesen. Dagegen erscheint, rücksichtlich der spätern, hier allein in Frage kommenden Zeit das diesfallsige Anführen des Beklagten Bl. — unbeachtlich, da, auch wenn dasselbe allenthalben in Wahrheit beruhen sollte,

*) Die Frage, wie die obige Stelle des Gesetzes wegen Einführung einer kurzen Verjährungsfrist vom 25. Juli 1846 zu verstehen sei, bleibt immerhin eine sehr zweifelhafte. Es wäre zu wünschen, daß bei einer neuen Gesetzgebung diese, sowie so manche andere Controversen, zu welchen jenes Gesetz in der Praxis Veranlassung gegeben hat, beseitigt werden möchten.

Anm. des Einsenders.

daraus doch immer nicht hervorgehen würde, daß er soviel, als zum Unterhalt der Seinigen, und namentlich auch des fraglichen Kindes, erforderlich, zu verdienen außer Stande sei, und da er selbst nach Bl. — im Jahre 1852, also in der Zeit nach Beendigung des Concurses, jenes Kind zur eigenen Erziehung und Ernährung von der Klägerin verlangt haben will. Wenn aber jener Einwand des Beklagten darauf gehen soll, daß zur Begründung einer Klage gegen einen früheren Cridar die Behauptung, er sei nach Beendigung des Concurses zu besserem Vermögen gelangt, erforderlich sei, so hat er nicht bedacht, daß dieses Erforderniß nur bei denjenigen Klagen eintritt, welche von solchen Gläubigern, die sich beim Concurse gemeldet oder mit dem Schuldner ein pactum remissorium geschlossen hatten, angestellt werden.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 5. S. 173, Bd. 9. S. 168 flg.

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, 1848. S. 261, 1849. S. 124. 144.

Rechtssätze, herausg. von Ackermann. N. F. Bd. 2. S. 148 flg. 188 flg.

Daß aber Klägerin sich bei seinem Creditwesen mit dem Anspruche auf Erstattung der früher von ihr aufgewendeten Alimente gemeldet habe, hat er nicht behaupten können.

b) Unschlüssig ist aber die erhobene Klage insoweit, als sie auf Erstattung von Alimenten gerichtet ist, welche nach Vollendung des sechsten Lebensjahres des Kindes, also nach dem 15. März 1852, bis zur Anstellung der Klage angeblich von der Klägerin bestritten worden sind und welche in Zukunft bis zum erfüllten 14ten Lebensjahre des Kindes von ihr aufzuwenden sein werden. Denn es enthält die Klage auch nicht ein Wort, welches zur Rechtfertigung eines solchen Verlangens geeignet wäre: es fehlt jede Beziehung auf besondere Umstände, wegen welcher Klägerin die nach der Regel dem Beklagten zustehende Ernährung und Erziehung des Kindes demselben vorzuenthalten für jene Vergangenheit und für die Zukunft berechtigt sein könnte. Wenn in den Entscheidungsgründen erster Instanz nichtsdestoweniger die Klage, soweit sie sich auf die Vergangenheit bezieht, aufrecht erhalten worden ist, weil die Behauptung des Beklagten, er habe schon früher seine Tochter zu sich nehmen wollen und dieses der Klägerin angezeigt, mit anderen Angaben desselben im Widerspruche stehe, so ist hierbei das rechtliche Verhältniß geradezu umgekehrt worden. Nicht Sache des Beklagten war es, sein Recht auf die Erziehung seiner Tochter zu begründen, sondern Sache der Klägerin, durch ein thatsächliches Anführen die Ausnahme zu rechtfertigen, welche sie von der Rechtsregel gemacht und in Folge welcher sie die dem Beklagten gebührende Erziehung demselben entzogen und auf sie übertragen wissen will. Dazu genügt weder, was Bl. — zu lesen ist, schon deshalb nicht, weil es sich auf eine Zeit bezieht, zu welcher Klägerin ihre damals noch nicht zwei Jahre alte Tochter wegen dieses zarten Alters derselben dem Beklagten vorzuenthalten befugt war, nicht aber auf die gegenwärtig in Frage befangene spätere Zeit nach Erfüllung des sechsten Altersjahrs der Tochter, noch was Klägerin im Verfahren Bl. — vorgebracht hat, weil dies, auch wenn es relevant wäre, schlechterdings in die Klage als ein wesentliches Erforderniß zu deren Begründung gehört hätte."

---

## 13.

**Wenn die auf Bestellung gelieferte Sache für den bestimmten Zweck unbrauchbar ist, so ist der Besteller zu deren Annahme nicht verbunden.**

Mitgetheilt von
Herrn G. in D.

Diese Frage ist von dem K. Appellationsgerichte zu Dresden und dem K. Oberappellationsgerichte in einer vor den Gerichten zu Grünberg zwischen Carl Gotthelf E. zu R., Klägern, und Carl Friedrich Gotthelf W. in C., Beklagtem, anhängigen Rechtssache in zwei Erkenntnissen beantwortet worden, deren Entscheidungsgründe, so weit sie hierher gehören, folgen. Zum Verständnisse diene noch Folgendes:

Der Kläger forderte unter dem Anführen, daß er dem Beklagten unter Anderem verschiedene Mühlenzeugarbeiten nach einem der Klage in Abschrift beigefügten Contracte zu den darin ausgeworfenen Accordpreisen gefertigt und bis zum 13. October 1845 an denselben abgeliefert habe, die bedungene Bezahlung für die gelieferten Arbeiten sammt Zinsen des Verzugs vom 13. October 1845 ab. Der Beklagte ward dieses Anführens für geständig erachtet und ihm der Beweis der Einrede auferlegt, daß Kläger die meisten der zu liefern gewesenen Gegenstände in unbrauchbarem Zustande geliefert habe. Nach beendigtem Beweisverfahren erkannte das K. Spruchcollegium zu Leipzig den Beweis Beklagtens für verfehlt und es ward Beklagter zu Bezahlung des Libellats sammt Zinsen des Verzugs davon theils vom 13. October 1835 (als dem Tage der Uebergabe) an, theils von Zeit erhobener Klage

an verurtheilt. Die vom Beklagten behauptete Fehlerhaftigkeit der gelieferten Arbeit erstreckte sich insbesondere auch auf ein Wasserrad, welches für 40 Thlr. —ˢ —ᵈ accordirt worden war. Die hierauf gehenden Gründe des Urthels lauten so:

ꝛc. „Weil nun aber Beklagter im Gegenbeweise auszuführen gesucht, daß mehrere der vom Kläger gelieferten Gegenstände völlig unbrauchbar oder doch minder preiswürdig gewesen, und in dieser Beziehung a) hinsichtlich des Wasserrades unter Nr. 1. durch die Ergebnisse der Besichtigung ad art. prob. — fol. — Vol. — in Verbindung mit den Aussagen des 1sten, 2ten, 3ten, 4ten, 5ten und 8ten Gegenbeweiszeugen ad etc., ingleichen mit den Aussprüchen der Sachverständigen ad art. — fol. — Vol. — allerdings soviel dargethan zu befinden, daß die Schaufeln an diesem Wasserrade unrichtig stehen und deshalb nur wenig leisten können, hieraus jedoch noch nicht gefolgert werden kann, daß Beklagter in die Nothwendigkeit versetzt gewesen, ein ganz neues Wasserrad an die Stelle des von Klägerm gelieferten bauen zu lassen, vielmehr nach dem Ausspruche des einen Sachverständigen ad art. — jenem Fehler durch Veränderung der Stellung der Schaufeln abzuhelfen gewesen wäre, mithin Beklagter nur diese Veränderung von Klägerm zu verlangen, oder, wenn dieser sie verweigert und nun er, Beklagter, sie durch einen Anderen hätte vornehmen lassen, Vergütung des diesfallsigen Aufwandes zu beanspruchen berechtigt gewesen sein würde, nun jedoch der Gegenbeweis zur Beurtheilung der Frage, auf wie hoch ein solcher Aufwand sich belaufe, ein Anhalten nicht gewährt, daher auch die Ausflucht hier weiter keine Beachtung finden kann, vielmehr dem Beklagten nur die besondere Ausführung seiner etwaigen Schädenansprüche vorbehalten bleiben muß," ꝛc.

Hiergegen sowohl, als auch wegen der Verzugszinsen appellirte der Beklagte, indem er behauptete, daß ein Verzug erst von dem Augenblicke eintreten könne, in welchem die Arbeiten gut abgeliefert worden. Das K. Appellationsgericht zu Dresden reformirte hierauf unterm 3. Juni 1852 dahin, daß gegen die vom Kläger auf seine Kosten annoch zu bewirkende Umänderung des fehlerhaft gelieferten Wasserrades und gegen Setzung desselben in einen vollkommen tüchtigen und für die Mühle Beklagtens brauchbaren Zustand — als worüber auf Antrag der einen oder anderen Partei, da nöthig nach vorher genommenen richterlichen Augenschein, das Gutachten Sachverständiger einzuholen — die bei dem ersten Ansatze des Baucontractes unter A. verzeichneten 40 Thlr. —ˢ —ᵈ zu bezahlen schuldig, wohingegen in Betreff der Verzugszinsen das Erkenntniß bestätigend ausfiel, indem es lediglich noch den Irrthum des erstern Urthels, welches Verzugszinsen vom 13. October 1835 statt 1845 zuerkannt hatte, verbesserte. Die Entscheidungsgründe, soweit sie hierher gehören, waren folgende:

„Was das Wasserrad anlange, so (behauptete Beklagter) hätten dessen Schaufeln zu horizontal und dem Wasser entgegen gestanden; es habe daher dasselbe herausgenommen und durch ein anderes ersetzt werden müssen.

Hierzu bestätigen nun zwar sowohl die abgehörten Zeugen (Vol. — Bl. —), als auch die Sachverständigen (Vol. — Bl. —), daß die Schaufeln unrichtig ständen und daß sich daher das Rad nur sehr schwach und langsam drehen könne. Nur zwei der Letzteren erklären aber das Rad deshalb für unbrauchbar, während der Dritte vielmehr sich dahin ausspricht, daß dasselbe habe umgeändert werden können. ꝛc.

ꝛc. Da nun jene beiden Sachverständigen darüber, ob das Rad schlechthin unbrauchbar oder ob eine nachträgliche Verbesserung desselben möglich sei, sich gar nicht ausgesprochen haben, so muß das Letztere um so mehr angenommen werden, als der Dritte der Sachverständigen zu den nämlichen Artikeln ausdrücklich erklärt, daß das Rad einer Umänderung fähig sei.

Wennschon aber sonach die gänzliche Unbrauchbarkeit des Wasserrades nicht erwiesen ist, so ergiebt sich doch sowohl aus den angeführten Gutachten der Sachverständigen, als auch aus den oben erwähnten Aussagen der Gegenbeweiszeugen mit hinlänglicher Bestimmtheit die stattgefundene fehlerhafte Construction desselben; und wenn nun auch Beklagter hierdurch allein der ihm seinerseits obliegenden Contractsverbindlichkeit noch nicht enthoben wurde,

ſ. Jo. Voet, Commentar. ad Pand., Lib. XXI. Tit. 1. §. 4. jct. §. 5. (ed. Hal. d. ao. 1776. Tom. III. pag. 739 sq.)

Westphal, Lehre des gem. Rechts vom Kauf, Pacht ꝛc., §. 468. S. 363.

zumal da ein bestimmter Termin, bis zu welchem die Ablieferung hätte erfolgen müssen, zwischen ihm und Klägerm nicht verabredet worden war, so war er doch in Folge der fehlerhaften Beschaffenheit des Rades jedenfalls berechtigt, entweder eine verhältnißmäßige Abminderung des dafür bedungenen Preises oder die nachträgliche Umänderung des Rades zu verlangen, und letzteren Falls bis nach dessen Erfolg die Bezahlung des dafür bestimmten Preises zurückzuhalten.

ſ. Glück, Erläuter. d. Pand., Bd. XVII. §. 1043. S. 227.

Von der ersteren Berechtigung hat jedoch Beklagter nicht nur keinen Gebrauch gemacht, indem er selbst auf eine entsprechende Preisminderung gar nicht angetragen hat, sondern es bietet auch der von ihm eingebrachte Gegenbeweis zu einem hierauf zu richtenden Erkenntnisse keineswegs die erforderlichen Unterlagen. Es mußte daher zwar dem Kläger der im Baucontracte bedungene Preis des Wasserrades ungekürzt zuerkannt werden, doch war die diesfallsige Verurtheilung Beklagtens, wie geschehen, von der vorgängigen, dem Kläger obliegenden Abänderung des Rades und Setzung desselben in einen vollkommen tüchtigen, für die Mühle Beklagtens brauchbaren Stand abhängig zu machen und die künftige Beurtheilung seiner Tüchtigkeit dem Ausspruche Sachverständiger anheim zu geben. ꝛc.

ꝛc. Mit gleichem Rechte hat sich Beklagter auch darüber beschwert, daß im Urthel erster Instanz insofern ultra petita libelli erkannt sei, als er in Bezahlung der Verzugszinsen vom 13. October 1835 statt von ebenda 1845 an verurtheilt worden. Allerdings geht das Urthel in dieser Beziehung weiter, als das vom Kläger gestellte Klaggesuch, und es ist daher dieser Irrthum im gegenwärtigen Erkenntnisse dem Antrage Beklagtens gemäß berichtigt worden.

Wenn dagegen Beklagter dem Kläger Verzugszinsen überhaupt nicht zugesprochen wissen will, so konnte ihm hierin nicht beigepflichtet werden. Denn da beim Kaufe — und ein solcher liegt hier, da Beklagter das Material zu den gefertigten Mühlenzeugarbeiten ausschließlich selbst geliefert hat, allerdings vor,

ſ. l. 20. Dig. de contrah. emt. et vend. (18, 1.)
l. 2. §. 1. Dig. loc. cond. (19, 2.)
§. 4. Inst. de locat. et cond. (3, 25.)
Westphal, a. a. O. §. 7. S. 11 flg.
Glück, a. a. O. Bd. XVII. §. 1048. S. 318 flg. —

die Verbindlichkeit des Käufers zu Bezahlung des Kaufspreises oder landesüblicher Verzinsung desselben sofort mit der Uebergabe der Sache eintritt,

ſ. Glück, a. a. O. Bd. XVI. §. 986. S. 134.
v. Wening-Ingenheim, a. a. O. Bd. II. §. 259. S. 197.

nun aber Beklagter nach den Anmerkungen zum 38sten und 61sten Abschnitte seiner Einlassung auf die Klage, verglichen mit der Anmerkung zum 14ten Einlassungspunkte, die bis zum 13. October 1845 geschehene Ablieferung der gefertigten Mühlenzeugarbeiten, soweit nicht der Empfang der letzteren überhaupt von ihm geleugnet worden war, selbst nicht in Abrede gestellt hat (weshalb denn auch auf die in der Klage enthaltene Behauptung, daß die Mahlmühle Beklagtens mit Ausnahme des Spitzganges an dem gedachten Tage fertig und gangbar gewesen sei — über welche den früheren Erkenntnissen zufolge allerdings der Eid noch offen sein würde, weiter etwas nicht ankommt), so kann sich Beklagter in keinem Falle der auch dem Contracte Vol. — Bl. — entsprechenden Verzinsung des geforderten Kaufpreises vom 13. October 1845 an entbrechen." ꝛc.

Gegen diese Entscheidung appellirten beide Parteien, und es erkannte nunmehr das K. Oberappellationsgericht unterm 14. April 1853, daß Beklagter in Betreff der geforderten 40 Thlr. —ˢ —ˢ für das Wasserrad von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, nicht minder Verzugszinsen lediglich von Zeit erhobener Klage an dem Kläger zu gewähren schuldig. Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

ꝛc. „Durch die übereinstimmenden Aussagen der abgehörten Zeugen Sch., Gr., L., Z., Tr., H., Sch. sowohl, als durch die vorgenommenen Sachverständigen ist dargethan, daß das von Klägern dem Beklagten gelieferte Wasserrad nicht zweckentsprechend gewesen ist. Die Schaufeln desselben haben unrichtig — zu horizontal und so, daß das Wasser sie nicht gehörig hat fassen können — gestanden, daher das Rad nur sehr schwach und langsam sich zu drehen vermocht und damit nur eine so geringe Quantität Getreide täglich hat gemahlen werden können, daß Beklagter dabei nicht würde haben bestehen können. Es hat daher aus dem Mühlwerke herausgenommen und alsbald durch ein geeigneteres ersetzt werden müssen. Der erste und zweite Sachverständige haben es unbedingt für unbrauchbar erachtet, der dritte stimmt dem zwar ebenfalls bei, meint aber, daß es hätte umgeändert werden können, und in Hinsicht auf diese letztere Bemerkung hat die vorige Instanz sich veranlaßt gefunden, gegen Beklagten unter vorausgesetzter Leistung des Eides über die bereits oben bemerkten Gegenbeweisartikel eine Verurtheilung in der Maaße auszusprechen, daß Beklagter die für dieses Rad von Klägern in Ansatz gebrachten 40 Thaler nur dann zu bezahlen habe, wenn zuvor Kläger dasselbe entsprechend abgeändert und in vollkommen brauchbaren Stand werde gesetzt haben, worüber eintretenden Falles richterlicher Augenschein und das Gutachten Sachverständiger zu entscheiden haben werde.

Klägern selbst sind nach Bl. — gegen die Zweckmäßigkeit dieser Entscheidung Zweifel beigegangen, theils wegen der in Aussicht stehenden kostspieligen Weiterungen, theils weil Beklagter das

Rad, wenn es auch auf das Trefflichste hergestellt würde, doch um deswillen nicht werde brauchen können, weil er ja bereits ein anderes habe, und weil es unmöglich sei, das accordirte Rad bei dem jetzigen Zustande der Mühle passend herzustellen.

Zwar behauptet Kläger gleichzeitig, daß nicht er an der Unbrauchbarkeit des Wasserrades Schuld trage, sondern daß Beklagter durch seine eigene Veränderung des Gefälles dasselbe unbrauchbar gemacht habe; allein dieser factische Umstand ist von ihm mit nichts dargethan worden, obwohl er in seinem Beweis Elisivartikel darauf zu richten Gelegenheit gehabt hätte, und aus den Zeugenaussagen und dem Gutachten der Sachverständigen ist nichts zu entnehmen, was dieser Behauptung einen Stützpunkt gäbe. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß Kläger als Mühlenbauverständiger zugleich die Hervorbringung eines zweckmäßigen Gefälles zu berücksichtigen, dieses in den Kreis seiner Anordnungen aufzunehmen und das zu bauende Wasserrad demgemäß einzurichten hatte, was alles nach den thatsächlich vorliegenden Verhältnissen und wie auch von test. 5. Bl. — ausdrücklich bemerkt worden, nicht der Fall gewesen sein kann.

Kann sonach Klägers Einwand, welcher eine unbedingte Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der für das Wasserrad in Ansatz gebrachten 40 Thlr. —⁄— bezweckt, jedenfalls nicht beachtet werden, so muß nach seinen eigenen übrigen Bemerkungen angenommen werden, daß der Wegfall der in voriger Instanz ausgesprochenen Verurtheilung des Beklagten, bezüglich des Wasserrades, insofern diese jedenfalls nur von der im vorigen Urthel ihm auferlegten Herstellung desselben abhängig sein könnte, seinem eigenen Wunsche entspreche und er sich dadurch nicht verletzt erachten könne.

Ganz abgesehen von diesem aus Klägers eignen Anführungen sich ergebenden Momente läßt sich aber auch dem Beklagten mit Grund keineswegs ansinnen, noch nachträglich, nachdem er, um seine Mühle betreiben zu können, das von Klägern ihm gelieferte Wasserrad hat entfernen und sich ein anderes anfertigen lassen müssen, sich ersteres, wenn schon im abgeänderten und brauchbar gemachten Zustande aufdringen zu lassen. Das Wasserrad, welches Kläger Beklagtem zu liefern hatte und geliefert hat, ist jedenfalls, auch nach dem Ausspruche des dritten Sachverständigen, und wie Kläger Bl. — selbst zugiebt, für den Beklagten nach den übrigen bei dessen Mühle stattfindenden Verhältnissen geradezu unbrauchbar gewesen, und nach den bei dem vorliegenden Contracte in Anwendung kommenden Grundsätzen der emtio venditio bewirkt ein die Sache ganz unbrauchbar machender Mangel allerdings, daß der Käufer nicht weiter an den Handel gebunden ist.

vergl. Westphal, Lehre vom Kauf ꝛc., §. 468.

Von selbst versteht sich übrigens, daß Klägern unbenommen bleibt, das fragliche Wasserrad, welches sich noch in der Nähe der Mühle Beklagtens befindet, wiederum an sich zu nehmen."

Die Entscheidung bezüglich der Verzugszinsen war damit motivirt worden, daß, so richtig der Grundsatz sei, daß bei der emtio venditio die Kaufsumme vom Tage der Uebergabe zu verzinsen sei, doch im concreten Falle laut des Accords die Accordsumme erst zahlbar gewesen sei, sobald alle Arbeiten fertig und gut und tüchtig befunden seien. Da Kläger sich auf eine solche Approbation aber nicht bezogen, so könnten auch erst von erhobener Klage an Verzugszinsen gefordert werden.

---

## Miscellen.

**Ernennungen, Anstellungen ꝛc.** Se. Königliche Majestät haben allergnädigst geruhet, den Supernumerar-Zollrath Friedrich Julius Rudorf, unter Enthebung desselben von dem ihm zeither übertragen gewesenen Stempelfiscalat, zum wirklichen Zollrath bei der Zoll- und Steuer-Direction zu ernennen und der Letzteren den Stempelfiscal Otto Ewald Müller als außerordentliches Mitglied für Stempelsachen mit dem Dienstprädicate als Commissionsrath beizugeben.

Se. Königliche Majestät haben dem zeitherigen Patrimonialgerichtsverwalter, Advocat Karl Moritz Kölbing zu Herrnhut die Stelle des Justitiars bei dem königlichen Gericht zu Herrnhut zu übertragen gnädigst geruhet.

---

**Orden.** Se. Königliche Majestät haben dem Oberberghauptmann Friedrich Constantin Freiherrn von Beust zu Freiberg, anstatt des bisher inne gehabten Ritterkreuzes des Verdienstordens, das Comthurkreuz II. Classe dieses Ordens zu verleihen geruht.

---

**Todesfälle.** Gestorben: am 24. December 1853 der Advocat Dr. Moritz Meyer in Leipzig.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 9.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 14.

Die Besitzer eines durch eine Wasserhebungsmaschine getrockneten Kohlenfeldes sind in Gemäßheit §. 15. des Mandates über die Gewinnung der Stein-, Braun- und Erdkohlen und des Torfs vom 10. September 1822 verpflichtet, den Inhabern der Wasserhebungsmaschine den vierundzwanzigsten Theil der gewonnenen Kohlen „kostenfrei", d. h. nach Abzug der im §. 15. des angezogenen Mandates geordneten Gebührnisse, ingleichen der Gewinnungsspesen abzugeben. — Der Ort der Leistung der diesfallsigen Verbindlichkeit bestimmt sich nach den über den Erfüllungsort bei Verträgen geltenden Grundsätzen.

Mitgetheilt von

Herrn A. C. in S.

Mittelst einer vor dem Königl. Justizamte zu Z. am 20. Mai 1851 erhobenen Klage forderten die Besitzer einer Dampf- und Wasserhebungsmaschine zu N., K. und L., von den Beklagten, den Kohlenwerksbesitzern D. und K. zu B., unter dem Anführen, daß ein den Letzteren zugehöriges Steinkohlenfeld, von welchem dieselben durch zwei Schachte, A. und B., Kohlen gefördert hätten, und zur Zeit der Klaganstellung noch förderten, durch ihre, der Kläger, erwähnte Dampf- und Wasserhebungsmaschine getrocknet werde, die kostenfreie Ablieferung des ihnen, den Maschineninhabern, in Gemäßheit §. 15. des Gesetzes vom 10. September 1822 gebührenden, nach einer auf Grund der eben angezogenen Gesetzesstelle zu bewirkenden und ihnen, den Klägern, auszuantwortenden Berechnung festzustellenden Kohlenvierundzwanzigsten bis an ihre, der Kläger, mehrberegte Maschine. Zum Theil der Klage hatten Kläger eine an die Patrimonialgerichte zu P. gerichtete Eingabe der Beklagten, d. d. B., den 18. Februar 1851, gemacht, welche Letztere unter Anderem die Erklärung enthielt, „sie, die Beklagten, förderten von ihrem in B—r Flur gelegenen Kohlenfelde durch zwei Schachte, A. und B., Kohlen, welche durch die auf C—r Flur gelegene Wasserhebungsmaschine der Kläger getrocknet würden, hierfür gebühre den Klägern, da der Fall sub C. §. 15. des Mandates vom 10. September 1822 vorliege, der vierundzwanzigste Theil der von ihnen, Beklagten, auf dem getrockneten Kohlenfelde gewonnenen Kohlen nach Abzug des Grundzehnten".

Beklagte erhoben in der Litiscontestation Einwendungen gegen die Schlüssigkeit der Klage überhaupt, insbesondere aber gegen das Verlangen der Kläger, die geforderten Kohlenabgaben bis an ihre, der Kläger, Dampfmaschine zu bringen, indem sie, die Beklagten, darauf Bezug nahmen, das im §. 15. des mehrerwähnten Gesetzes gebrauchte Wort „abgeben" setze voraus, daß der Empfangsberechtigte sich an Ort und Stelle der Ausbringung der Kohlen zur Empfangnahme seiner Gebührnisse einfinde; im Uebrigen leugneten Beklagte im Allgemeinen den Grund der Klage, räumten jedoch beim 15ten bis mit 19ten Streitbefestigungspunkte ein, daß sie den Vierundzwanzigsten bis zum Schluß des Jahres 1850 in einem mit den Klägern vereinbarten Geldäquivalente abgeführt hätten.

Das Königl. Spruchcollegium zu Leipzig erkannte nach abgesetztem Verfahren in dem am 20. December 1851 eröffneten Urthel folgendermaaßen:

„Weil Kläger ihre Bl. — erhobene Klage darauf begründet, daß sich auf ihrem in C—r Flur unter No. 250. a. und 250. b. gelegenen Grundstücke eine Dampf- und Wasserhebungsmaschine befinde, durch welche zugleich dasjenige Kohlenfeld getrocknet werde, welches die Beklagten in B—r Flur besäßen und von dem sie durch zwei Schachte Kohlen seither gefördert hätten und dermalen noch förderten, daß aber die Beklagten seit dem 1. Januar 1851 — bis zu welchem Zeitpunkte die Kläger ein besonderes vereinbartes Geldäquivalent erhalten — sich weigerten, die ihnen, den Klägern, für das Trocknen jedes Kohlenfeldes gebührende Entschädigung, nämlich den nach dem Mandate vom 10. September 1822. §. 15. sub C. ihnen zukommenden 24sten Theil der gewonnenen Kohlen, kostenfrei an sie abzugeben, vielmehr ihnen zumutheten, diese Kohlen von ihrem, der Beklagten, Grundstücke auf eigne Kosten abzuholen, womit sie Bl. — das Gesuch verbunden, es möchten Beklagte verurtheilt werden, ihnen den gebührenden 24sten Theil der gewonnenen Kohlen kostenfrei nach vorgängiger, ihnen mitzutheilender Berechnung bis an die Dampfmaschine abzuliefern und die Kosten des Processes zu erstatten, nun aber diese Klage für hinlänglich begründet keineswegs angesehen werden kann, vielmehr den Beklagten allerdings beizupflichten ist, wenn sie behaupten, es sei der Kläger Sache, das ihnen gebührende Kohlenäquivalent an Ort und Stelle, wo es für sie bereit liege, abzuholen, anerwogen der im angezogenen Mandate gebrauchte Ausdruck „abgeben" keineswegs gleichbedeutend ist mit „abliefern", vielmehr angenommen werden muß, daß, wenn das Mandat von der Regel, daß, wo es sich um Ablieferung von Sachen handelt, die schon an einem bestimmten Orte sich befinden, der Schuldner da, wo die Sache sich befindet, prästiren, und bei Geschäften, von denen beide Theile Nutzen haben, der Gläubiger die Sache abholen muß,

vergl. Curtius, Handbuch, Thl. IV. §. 1633.
Thibaut, Pandektensystem, §. 654.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, bearb. von Fritz, Bd. II. §. 109. S. 43.

eine Ausnahme aufzustellen beabsichtigt hätte, solches mit deutlichen und bestimmten Worten gesagt, insonderheit aber den Ort, wohin die Kohlen zu liefern seien, zu bezeichnen nicht unterlassen haben würde, mit welcher Auslegung des Mandates auch der gebrauchte Ausdruck „kostenfrei" keineswegs im Widerspruche steht, da solcher jedenfalls von dem Verbote des Abzugs anderer Gebührnisse, als welche das Mandat §. 15. anordnet, ingleichen der Gewinnungsspesen verstanden werden muß, anlangend aber den Kohlenvierundzwanzigsten, welchen die Kläger auch vom 22. Februar 1851 ab fordern, bis zu welchem Tage die Beklagten solchen den Klägern auf Abholen verabfolgen zu lassen Bl. — in Verbindung mit Bl. — sich bereit erklärt, die Klage — wie von den Beklagten richtig gezeigt worden — ein bestimmtes Anführen, daß und wie sie ihrer eigenen Verbindlichkeit, die Wässer aus der Beklagten Kohlenfelde abzuziehen, nachgekommen seien, vermissen läßt, und der auf den Eid gestellte Ausdruck, ihre Maschine trockne das Kohlenfeld der Beklagten, ein solches Sachverhältniß bezeichnet, welches blos ein Gegenstand des Augenscheines und des Urtheiles von Sachverständigen sein, und worüber also die Gewissensrührung nicht stattfinden kann, so hat der Kläger Suchen Bl. — in der angebrachten Maaße nicht Statt, es sind auch dieselben den Beklagten die Kosten des Processes zu erstatten verbunden.

Dahingegen hat es bei dem Erbieten der Beklagten Bl. —, den Klägern den in der Zeit vom 1. Januar bis 22. Februar 1851 verdienten Kohlenviernndzwanzigsten abgeben zu wollen, sein Bewenden, und sind dieselben übrigens, unter Vorlegung einer Rechnung vom Gesammtausbringen während jenes Zeitpunktes, diesem Erbieten nachzukommen schuldig." —

Auf eingewendete Appellation der Kläger, bei deren näherer Ausführung dieselben insbesondere der ihnen im Erkenntniß erster Instanz angesonnenen Verpflichtung zur Abholung des ihnen gebührenden Kohlenäquivalents an Ort und Stelle widersprachen, erkannte das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau am 19. Juni 1852 für Recht:

„Daß es zu der Kläger zweiter, dritter und vierter Beschwerde bei sothanem Urthel nicht zu lassen, derowegen die erhobene Klage, soweit nicht solche durch die Erklärung Bl. — ihre Erledigung gefunden, als in der angebrachten Maaße unstatthaft nicht zurückzuweisen, weniger Kläger den Beklagten die Kosten des Processes zu erstatten verbunden, sondern es sind Beklagte den Klägern, jedoch nach vorgängigem Abzuge des Grundzehntens, den vierundzwanzigsten Theil derjenigen Kohlen, welche auf ihrem in B—r Flur gelegenen Kohlenfelde aus den Schachten A. und B. gewonnen werden, auf so lange, als aus letzteren überhaupt eine Förderung von Steinkohlen erfolgt, unter Vorlegung einer Rechnung vom Gesammtausbringen zur Zeit auf die Vergangenheit, für die Zukunft aber nach den bei der Bergverwaltung bestehenden Quartalen auf Abholen kostenfrei abzugeben schuldig, und werden die in

erſter Inſtanz erwachſenen Koſten unter den Parteien gegenſeitig aufgehoben. Dagegen iſt zu der Kläger erſter Beſchwerde das eingangsbezeichnete Urthel, ſoweit darin das Verlangen der Kläger, daß ihnen die Kohlengebührniſſe koſtenfrei von den Beklagten zugeführt werden ſollen, als in der angebrachten Maaße unſtatthaft ebenfalls zurückgewieſen worden iſt, was auch durch Einſchaltung der Worte: „auf Abholen" ſchon ausgeſprochen zu befinden, wie hiermit geſchieht, zu beſtätigen, und werden die durch das ergriffene Rechtsmittel erwachſenen Koſten unter den Parteien gleichergeſtalt aufgehoben."

Gründe:

„An ſich mag zur Begründung der von dem Inhaber einer Waſſerhebungsmaſchine gegen den Inhaber eines vorliegenden, durch dieſe getrockneten Kohlenfeldes auf Abgabe der im §. 15. des Mandates über die Gewinnung der Stein-, Braun- und Erdkohlen und des Torfs vom 10. September 1822 geordneten Gebührniſſe gerichteten Klage mit wenigen Beſchränkungen das von den Beklagten erheiſchte Anführen der Bl. — bis mit Bl. — geltend gemachten Thatumſtände erfordert werden, und würde Man ſich inſoweit mit dem Ausſpruche des angefochtenen Urthels auf Unſchlüſſigkeit der erhobenen Klage wohl einverſtehen können. Allein die Lage der Sache iſt durch den Inhalt des Bl. — zu leſenden, an die Gerichte zu P. unterm 18. Februar 1851 gerichteten Schreibens, welches nach Bl. — zum Theil der Klage gemacht und von den Beklagten als von ihnen ausgegangen beim 12ten Einlaſſungspunkte ausdrücklich anerkannt worden iſt und die darin enthaltenen Geſtändniſſe ſo weſentlich geändert worden, daß nunmehr auf jene allgemeine Erforderniſſe weiter nicht zurückzugehen, ſondern das Sach- und Rechtsverhältniß zunächſt nach dieſen Geſtändniſſen in Zuſammenhaltung mit den einſchlagenden Vorſchriften des bezogenen Mandates zu prüfen und feſtzuſtellen iſt, und um ſo mehr, als die Schlußbitte der gedachten Eingabe darauf hinweiſt, daß ſolche eine den Klägern gegenüber abgegebene Erklärung enthalten ſollen. Dieſe Eingabe enthält nun im Eingange das wörtliche Anerkenntniß der Thatſachen:

> daß ſie, die Beklagten, von ihrem in B—r Flur gelegenen Kohlenfelde durch zwei Schachte, A. und B., Kohlen fördern, daß dieſe Kohlen durch die Waſſerhebungsmaſchine der Kläger, welche dieſe auf ihrem, in C—r Flur gelegenem Kohlenwerke angelegt haben, getrocknet werden, daß den letzteren dafür, da der Fall des Mandats §. 15. sub C. vorliege, der vierundzwanzigſte Theil der von ihnen auf dem getrockneten Kohlenfelde gewonnenen Kohlen, nach Abzug des Grundzehnten, gebühre, und daß Kläger ſich weigern, die für ſie abgeſtürzten Kohlen in Empfang zu nehmen,

wozu noch die Geſtändniſſe des 15ten bis mit 19ten Einlaſſungspunkts Bl. —, nach welchen der vierundzwanzigſte Theil bis zum Schluſſe des Jahres 1850 in einem mit den Klägern vereinbarten Geldäquivalente abgeführt worden iſt, hinzutreten.

Durch dieſe Auslaſſung wird das im Mandate vorausgeſetzte Sachverhältniß, das Vorhandenſein einer Waſſerhebungsmaſchine, das durch dieſelbe bewirkte Trocknen eines vorliegenden und zwar des den Beklagten zuſtändigen und von ihnen bebauten Kohlenfeldes und in der namentlichen Beziehung auf §. 15. des Mandats die auf den Umfang der Gebührniſſe einflußreiche techniſche Vorkehrung für die Trocknung ſo klar dargelegt, daß von der Verbindlichkeit der Beklagten im Allgemeinen nur dann abzuſehen ſein würde, wenn die Identität der in der Eingabe vom 18. Februar 1851 bezeichneten Kohlenfeldes und Schachte mit den in der Klage angegebenen Gegenſtänden bergmänniſcher Bearbeitung ſich in Zweifel ziehen ließe. Dem iſt aber offenbar nicht ſo. Indem Kläger auf die Bezeichnung, welche Beklagte ſelbſt ihren bergmänniſchen Anlagen geben, ſich beziehen, gebrauchen ſie eine ſolche, welche den Beklagten genugſam verſtändlich ſein muß, es kommt aber auch hinzu, daß Beklagte nirgends behauptet haben, daß ſie gemeinſchaftlich noch ein zweites Kohlenfeld in B—r Flur, namentlich ein ſolches, auf welchem in zwei Schachten Kohlen gefördert werden, beſitzen und daß von ihnen zugeſtanden worden iſt, von dieſem ihrem Kohlenfelde bis zum Schluß des Jahres 1850 die geklagte Abgabe in einem Geldäquivalente an die Kläger entrichtet zu haben. Es bleibt daher in dieſer Richtung nur noch übrig, auf den Bl. — gemachten Einwand und die damit in Verbindung ſtehenden Ableugnungen bei dem 8ten und 9ten Einlaſſungspunkte Bl. — näher einzugehen. Während jedoch in jenem unter Bezugnahme auf §. 17. des mehrbezogenen Mandats behauptet werden will, daß die beregte Maſchine der Kläger die Tiefbaue der Beklagten nicht mehr trockne, in dieſem aber in Abrede geſtellt wird, daß zeither, d. h. ſeit dem 18. Februar 1851, Kohlen nicht mehr gefördert worden ſeien und dermalen nicht weiter gefördert würden, wird dabei und in der Anmerkung zu den bezogenen Einlaſſungspunkten Bl. — nur erwähnt, daß durch Vernachläſſigung der Kläger und inmittels entſtandene Brüche die Wäſſer in den Schachten der Beklagten geſtiegen ſeien, und der Betrieb des Grubenbaues immer beſchränkter und mißlicher geworden ſei. Es iſt klar, daß von einer

Anwendbarkeit §. 17. des Mandats, welcher ein von den Beklagten nirgends behauptetes gänzliches Stillstehen der Maschine der Kläger voraussetzen würde, nicht die Rede sein kann, im Gegentheil muß nach den Auslassungen der Beklagten angenommen werden, daß diese noch dermalen, wenn auch für sie mit geringerem Vortheile, fortarbeitet; hat aber sonach die Trockenlegung des Kohlenfeldes der Beklagten nicht gänzlich aufgehört, so dauert auch deren Verbindlichkeit zu Abgabe des vierundzwanzigsten Theils der gewonnenen Kohlen um so gewisser fort, als geständlich ihr Kohlenfeld von Anfang an durch die Maschine der Kläger trocken gelegt worden ist, die Veränderung eines Zustandes nicht vermuthet wird und die Abgabe eben als aliquoter Theil des Gesammtausbringens mit dem durch die Maschine der Kläger gewährten Vortheil immer in gleichem Verhältnisse bleibt. Unter diesen Umständen hat Man es auch den mehrerwähnten Auslassungen der Beklagten gegenüber bedenklich gefunden, auf den über den 8ten und 9ten Einlassungspunkt angetragenen Eid zu erkennen, vielmehr eine Verurtheilung der Beklagten nach dem im vorstehenden Urthel ausgesprochenen und ihnen, wenn wirklich ein zeitweiliger Stillstand der Maschine eingetreten sein sollte, und bei der immer in Aussicht bleibenden Möglichkeit, künftig noch einen Specificationseid zu erfordern oder nachzulassen, ganz unschädlichen Umfange für begründet erachtet.

### Zur ersten Beschwerde.

Es wird unter den Parteien lebhaft darüber gestritten:

> ob Beklagte in der Verbindlichkeit seien, den vierundzwanzigsten Theil der auf ihrem Kohlenfelde in B—r Flur gewonnenen Kohlen den Klägern zuzuführen oder ob diese solche auf dem Kohlenwerke der Beklagten abholen müssen.

Das Urthel erster Instanz hat sich für die letztere Ansicht entschieden und es ist solcher auch beizupflichten gewesen.

Im Allgemeinen mag bemerkt werden, daß die den Beklagten zufallende Leistung nicht die Natur einer öffentlichen Abgabe hat, sondern aus einem privatrechtlichen Verhältnisse einer einseitig durch den Bau einer Wasserhebungsmaschine veranlaßten und anderseitig durch Abbau der durch jene getrockneten Kohlen aufgefaßten, im Voraus durch das Gesetz geregelten communio incidens entspringt, wie denn auch solche in dem Gesetze selbst auf Seiten des Maschineninhabers als Vortheil, auf Seiten des Besitzers des getrockneten Kohlenfeldes als Gebührniß bezeichnet wird. Derartige Rechtsverhältnisse sind nach dem Ausspruche des römischen Rechts

vergl. l. 20. D. de judiciis. (V, 1.)

Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. VIII. S. 238.

wie Verträge zu beurtheilen, es kommt also im vorliegenden Falle darauf an, festzustellen, wo bei Verträgen der Erfüllungsort einer bestimmten Verbindlichkeit als vorhanden anzunehmen ist. Die neueren Untersuchungen der einschlagenden Fragen haben in Verbindung mit denen über den Gerichtsstand der Obligation zu dem Ergebnisse geführt, daß, wo nicht eine ausdrückliche Verabredung der Parteien oder, wie bei zu übergebenden Grundstücken, die Natur der Sache, oder eine solche Verhandlung, welche die gerechte Erwartung der Erfüllung an einem bestimmten Orte begründet, etwas Anderes bedingt, bei Verträgen der Wohnsitz des Beklagten, welcher zugleich mit seinem allgemeinen Gerichtsstand zusammenfällt, als Erfüllungsort der übernommenen Verbindlichkeit zu betrachten ist, und zudem, wenn die Forderung auf Uebergabe einer individuellen bestimmten beweglichen Sache gerichtet, für den Schuldner die Erleichterung eintritt, daß er sich frei machen kann durch Uebergabe an dem Orte, wo sich gerade jetzt die Sache zufällig befindet, daß er sie also nicht auf seine Kosten und Gefahr an den Ort der Klage zu bringen verpflichtet ist, sobald durch seine unredliche Handlung die Sache anderwärts ist,

vergl. l. 12. §. 1. D. depositi vel contra (XVI. 3.)

Savigny, a. a. O. S. 205 flg., insonderheit S. 226. und 230.

Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses, S. 18.

Mühlenbruch, Pandektenrecht, §. 466.

Schweppe, röm. Privatrecht, Bd. 3. §. 382.

Mackeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts, §. 491. b. am Ende.

und von älteren Rechtslehrern

Hofacker, princ. jur. civ., T. III. §. 4113.

Lauterbach, Coll. theoret. pract., lib. XLVI. Tit. III. §. 30.

Ein Grund, einen der obgedachten Ausnahmefälle anzunehmen, liegt nicht vor, da das in §. 15. des mehrbezogenen Mandats gebrauchte Wort „abgeben" den Nebenbegriff des Hinbringens an den Wohn- oder Geschäftsort des Klägers nicht in sich faßt, der Beisatz „kostenfrei" aber augenfällig sich nur auf die Gewinnungskosten bezieht, und wie Bl. — von Beklagten richtig bemerkt worden ist, der zufällige Umstand, daß die Kläger mit den abzugebenden Kohlen ihre Dampfmaschine würden speisen können, nach den gegebenen Umständen an sich allein nicht zu der Annahme berechtigt, daß der Gesetzgeber an eine gemeinschaftliche Feuerung der Maschine gedacht

habe. Im Gegentheile liegt die Ansicht weit näher, daß die hier fraglichen Gebührnisse den schon älteren bergrechtlichen Gebührnissen der Stöllner nachgebildet worden sind; in Bezug auf diese aber läßt sich nach den in §§. 1. 2. 4. 6. und 7. Art. XI. der Stollordnung vom 12. Juni 1749. — C. A. I. pag. 1399. — gebrauchten Ausdrücken, namentlich nach der bezeichnenden Bestimmung §. 4., „wornach das Neuntel in natura gestürzt werden soll", mit Sicherheit behaupten, daß die betreffenden Gebührnisse nur auf Erfordern und Abholen abzugeben sind.

Die Compensation sämmtlicher Kosten wird durch die zum Theil abändernd erfolgte Entscheidung ausreichend gerechtfertigt."

Gegen diese Entscheidung appellirten beide Parteien, und zwar die Kläger, weil das Urthel erster Instanz, insoweit es ihr Suchen um kostenfreie Zuführung der Kohlengebührnisse bis an ihre Dampfmaschine als in der angebrachten Maaße unstatthaft zurückgewiesen, bestätigt, und die Gegner nicht vielmehr refusis expensis pure ad petita libelli verurtheilt worden, dagegen da die Beklagten, weil sie zur Abgabe der Kohlengebührnisse in der im Erkenntnisse ausgesprochenen Maaße condemnirt und nicht vielmehr die Klage ihrem Gesammtinhalt nach als unschlüssig und in der angebrachten Maaße unstatthaft zurückgewiesen worden.

Es erkannte das Königliche Oberappellationsgericht unterm 16. April 1853 hierauf für Recht:

„Daß das Urthel zweiter Instanz mit der Erklärung, daß in demselben Bl. — nach dem Worte „erfolgt" Folgendes

„und insoweit diese durch die in der Klage erwähnte Dampf- und Wasserhebungsmaschine der Kläger trocken gelegt werden"

einzuschalten, wie hiermit geschieht, unter Compensation der in jetziger Instanz erwachsenen Kosten zu bestätigen."

Gründe: „Zu der Kläger Appellation ist demjenigen völlig beizupflichten, was über die Interpretation §. 15. des Mandates vom 13. September 1822. Bl. — in den vorigen Instanzen gesagt worden, und Kläger haben etwas der besonderen Widerlegung Bedürfendes hiergegen vorzubringen nicht vermocht. Ist aber eine Verbindlichkeit des Inhabers des durch die Maschine getrockneten Kohlenfeldes zu Fortschaffung und Ablieferung des dem Inhaber der Maschine gebührenden Kohlenantheils an irgend einen dritten Ort durch das Gesetz nicht ausgedrückt, so folgt die Verpflichtung des Inhabers der Maschine zum Abholen seines Kohlenantheils schon aus der Rücksicht, daß das diesem durch das Gesetz eingeräumte Befugniß einer Theilnahme an dem Genuß der von dem Kohlenfelde gezogenen Nutzungen oder Früchte enthält, nun aber es in der Natur der Sache liegt, daß derjenige, welchem der Mitgenuß der von einem fremden Grundstücke gewonnenen Früchte zusteht, an sich, und wo ein gegentheiliges Rechtsverhältniß nicht ausdrücklich nachgewiesen ist, nicht die Ablieferung der Früchte an einen dritten Ort verlangen, sondern nur berechtigt sein kann, solche da, wo sie gewonnen werden, an sich zu nehmen.

Diese Grundsätze bestehen namentlich auch bei dem Auszuge und Zehenden in Anwendung.

vergl. Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betreffend, vom 2. October 1839. No. 28.

Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreich Sachsen gültige Civilrecht ꝛc., Abth. III. S. 213.

Was der Beklagten Berufung anlangt, deren tempestive Einwendung durch die von Klägern vorgebrachten Ausstellungen gegen die Eingangsbemerkung Bl. — keineswegs zweifelhaft wird, indem die unterschriftliche Vollziehung der Präsentate nicht erforderlich, auch vorauszusetzen ist, daß es ausdrücklich angemerkt sein würde, wenn die Appellationsschrift erst nach dem um 5 Uhr eintretenden Schlusse der Gerichtszeit eingegangen wäre, da ist der der angefochtenen Entscheidung beigefügte Zusatz um deswillen für erforderlich erachtet worden, weil denkbarer Weise wohl der Fall eintreten konnte, daß die Wasserhebungsmaschine der Kläger das Kohlenfeld der Beklagten gar nicht mehr trocknete, gleichwohl aber eine Trockenlegung des Letzteren und die hierdurch gewährte Füglichkeit der Gewinnung von Kohlen durch Naturereignisse oder eigene Veranstaltungen der Beklagten herbeigeführt würde, in einem solchen Falle aber natürlich von den auf §. 15. des Mandates vom 10. September 1822 beruhenden Gebührnissen der Kläger nicht weiter die Rede sein könnte, diese vielmehr nach dem Schlußsatze von §. 17. als hinweggefallen angesehen werden müßten. Im Uebrigen ist dagegen den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz Bl. — beizupflichten und zu Widerlegung des von den Beklagten dagegen Vorgebrachten nur noch Folgendes zu bemerken:

Daß unschlüssigen Klagen durch Zugeständnisse des Beklagten im Verfahren aufgeholfen werden kann, bedarf, als in der Natur der Sache liegend, keines weiteren Nachweises und von einer Seiten der Beklagten Bl. — behaupteten Ungewißheit über das Kohlenfeld, auf welches sich die Geständnisse der

Beklagten beziehen, kann nach deren Auslaſſungen Bl. — keine Rede ſein. Zu Bl. — iſt demnächſt Beklagten ebenfalls die in voriger Inſtanz Bl. — ganz richtig aufgefaßte Auslaſſung Bl. — einzuhalten. Dort erklären dieſelben allerdings, daß die Waſſer aus den Kohlengruben der Beklagten nur bis zum 22. Februar 1851 durch die Maſchine der Kläger in einer einigermaaßen erträglichen Weiſe abgezogen worden, und daß ſeitdem die Maſchine der Kläger die in Rede befangenen Tiefbaue der Beklagten nicht mehr trockne. Wenn aber Beklagte fortfahren:

> Theils in Folge zeitweiligen Stillſtandes der Waſſerhebungsmaſchine, theils wegen Vernachläſſigung der zur Löſung der Grundwaſſer erforderlichen Vorkehrungen Seiten der Kläger, theils wegen inmittelſt entſtandener Brüche haben ſich die Waſſer in den Schachten der Beklagten, A. und B., nicht vermindert, ſondern ſie ſind geſtiegen, und in Folge der angeſtauten Waſſer iſt der Betrieb des Kohlenbaues auf dem den Beklagten gehörigen Kohlenfelde immer beſchränkter, immer mißlicher geworden,

ſo wird hierdurch der Vorderſatz, inſoweit darin aller und jeder dermaliger Einfluß der Maſchine der Kläger auf das Kohlenfeld der Beklagten in Abrede geſtellt worden, wieder aufgehoben und zugegeben, daß ein, wenn gleich immer beſchränkter und mißlicher gewordener Betrieb des Grubenbaues noch jetzt fortbeſtehe, und daß dieſer geringere Betrieb durch die Einwirkung der Waſſerhebungsmaſchine der Kläger auf das Kohlenfeld der Beklagten ermöglicht werde. Mit dem etwanigen gänzlichen Aufhören dieſes durch die Maſchine der Kläger ermöglichten Betriebes erledigt ſich natürlich auch die ausgeſprochene Verurtheilung der Beklagten. Wie es ferner bei etwanigen Differenzen der Parteien über die Größe des bisherigen oder ferneren Geſammtausbringens an Kohlen, von welchen Klägern der vierundzwanzigſte Theil abzugeben iſt, leicht begreiflicher Weiſe zu einem Monitenverfahren im Rechnungsproceſſe kommen kann und nicht abzuſehen iſt, inwiefern Beklagte ſich nach Bl. — durch die in den Entſcheidungsgründen Bl. — enthaltene Bemerkung beſchwert finden können, da künftig erſteren noch möglicher Weiſe ein Specificationseid aufzuerlegen oder nachzulaſſen ſein werde, ſo würde endlich Beklagten zu Bl. — vielleicht dann beizupflichten ſein, wenn auch im Fortgange des Proceſſes lediglich die Frage ſtreitig geblieben wäre, ob Kläger ihren Kohlenantheil angefahren erhalten oder ſich abholen müßten. Durch das Ableugnen jeder weiteren Verbindlichkeit zu Abgabe von Kohlen an die Kläger Seiten der Beklagten iſt aber überhaupt die Frage über das Fortbeſtehen dieſer Verbindlichkeit in den Proceß hineingezogen worden, und es kann daher der Umſtand offenbar nicht weiter zu einer gänzlichen Abweiſung der Klage führen, daß die in derſelben angeführte Rechtsſtörung als eine ſolche nicht anzuerkennen geweſen iſt.

Die Koſten jetziger Inſtanz waren ſchon um deswillen zu compenſiren, weil beide Theile appellirt haben."

---

## 15.

**Wenn ein Dritter abgepfändete Mobilien vindicirt, welche nicht über 20 Thaler taxirt ſind, ſo iſt die diesfallſige Intervention nach dem Geſetz vom 16. Mai 1839 zu behandeln.**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. R. in L.

In einer vor dem Landgericht zu L. am 21ſten März 1853 anhängig gemachten Bagatellklagſache hatte M. gegen S. auf Zahlung von 16 Thlrn. 14 Ngr. 4 Pf. geklagt. S. wurde verurtheilt und darauf das Hülfsverfahren gegen ihn eingeleitet. Im Hülfsvollſtreckungstermine wurden in ſeiner Wohnung zehn verſchiedene Gegenſtände im Taxwerthe von 20 Thlrn. 22 Ngr. —₰ weggenommen.

Unter Bezugnahme auf eine gerichtliche Urkunde vom 1./2ten Juni 1852 intervenirte P. rechtzeitig (am 6ten Juli 1853), indem er von den weggenommenen Sachen neun Stück im Geſammttaxwerthe von 19 Thlrn. 12 Ngr. —₰ als ſein Eigenthum in Anſpruch nahm.

Auf die Eingabe des Intervenienten, welche dem allenthalben widerſprechenden und um Anberaumung eines Interventionstermines nachſuchenden Kläger am 9ten Juli 1853 vorgelegt worden war, fertigte das Gericht an alle Intereſſenten durch am 16ten und beziehendlich 19ten Juli 1853 legal behändigte Ladungen wörtlich alſo aus:

„Nachdem P. die in Sachen M.'s gegen S. abgepfändeten Mobilien als ſein Eigenthum reclamirt hat, ſo werden die Parteien hiermit geladen, den 29ſten Juli 1853, als an dem hierzu anberaumten Termine, Vormittags 10 Uhr in Perſon oder durch einen nach §. 8. des Geſetzes vom 16ten Mai 1839 legitimirten Bevollmächtigten vor Gericht zu erſcheinen, Intervenient ſeine Anſprüche bei Verluſt derſelben anher zu begründen, Intervent dagegen ſich darüber zu erklären, bei Strafe derſelben für geſtän-

dig und überführt, auch der damit in Verbindung stehenden Einreden für verlustig erachtet zu werden. Intervent hat zugleich die auf seine angeblichen Ansprüche sich beziehenden Urkunden, wenn dergleichen vorhanden sind, im Termine mit zur Stelle zu bringen, auch die etwaigen Beweismittel im Termine an- und vorzuzeigen, und haben die Parteien auch bei ihrem Außenbleiben, nach geschehenen Erörterungen, der sofortigen Ertheilung eines Bescheides sich zu gewärtigen."

Am Terminstage Vormittags 10 Uhr erschien nur Intervenient, begründete seine Intervention unter Bezugnahme auf seine Eingabe, und beantragte, nachdem bis 11 Uhr Intervent sich nicht eingefunden, Bescheid.

Das Gericht faßte einen solchen sofort ab. Er lautete also:

„Dieweil der Intervent und Kläger M., der richtig behändigten Ladung ungeachtet, weder im Interventionstermine bis 11 Uhr, noch auf nach 11 Uhr erfolgten öffentlichen Aufruf erschienen ist, so ist er des gegen ihn erhobenen Vindicationsanspruches für geständig und überführt und der damit in Verbindung stehenden Einreden für verlustig zu achten, demnach an den Intervenienten, P., die reclamirten Gegenstände im Taxwerth von 19 Thlrn. 12 Ngr. — herauszugeben, auch die durch diese Intervention entstandenen Unkosten abzustatten verbunden."

Intervent appellirte, theils a) darum, weil die Ladung eine dem Gesetze nicht entsprechende sei (es sei in Gemäßheit §. 13. sub 2. des Gesetzes vom 16. Mai 1839 der Betrag des Anspruches nicht angegeben, es fehle die im §. 13. sub 4. des alleg. Gesetzes vorgeschriebene Verfügung, und die im §. 14. des Gesetzes festgesetzte Frist sei um das Doppelte überschritten worden), theils b) darum, weil sich das eingeleitete und bis zur Abfassung eines Bescheides fortgesetzte Bagatellverfahren als ein unzulässiges darstelle, indem er in der letzteren Hinsicht deducirte: §. 38. des Gesetzes vom 16ten Mai 1839 bestimme, „daß bei Vollstreckung der Entscheidung die allgemeinen Vorschriften zu befolgen seien". Diese letzteren aber gingen dahin, daß bei Interventionen dritter Personen, dafern dieselben die ersteren durch schlüssige Vorbringen verfolgen, die Betheiligten nach Vorschrift der Proceßgesetze zu hören seien, wenn die Proceßbehörde den Intervenienten nicht zu sofortiger eidlicher Bestärkung seiner Einreden zulasse. Das letztere sei hier nicht geschehen. Es habe demnach nunmehr das Proceßgericht der diesfallsigen Vorschrift des Executionsgesetzes in §. 55. nachzugehen, d. h. nach Abhaltung eines Verhörstermines und Absetzung rechtlichen Verfahrens zu entscheiden gehabt. Es könne aber überhaupt ein Contumacialbescheid, wie der abgefaßte, im Interventionsprocesse gar nicht vorkommen. Das Verfahren eines Intervenienten sei durchaus nicht als Klage anzusehen (Beck, das Executionsgesetz vom 28sten Februar 1838. S. 72.) und verfolge ebensowenig einen Anspruch gegen denjenigen, auf dessen Antrag der später reclamirte Gegenstand abgepfändet worden sei. Es stehe vielmehr der Intervenient vollständig isolirt, und seien von dem von diesem erhobenen Anspruche der Kläger und Beklagte lediglich als Betheiligte in Kenntniß zu setzen, um ihnen die Möglichkeit zu gewähren, ihre an den reclamirten Effecten ihnen zustehenden, beziehendlich durch die Execution erlangten Rechte gegen den in der Intervention liegenden Angriff auf dieselben zu wahren und zu vertheidigen. Verzichten sie auf eine solche Vertheidigung, so sei dadurch keinesfalls das Gericht der Prüfung überhoben, ob die erhobene Intervention einen Rechtsgrund habe oder nicht, es habe sich vielmehr dieser Prüfung unerwartet darauf bezüglicher Anträge zu unterziehen. Erst, wenn bei dieser Prüfung sich herausgestellt, daß das Recht des Intervenienten ein hinlänglich bescheinigtes sei, beziehendlich, wenn die bei dieser Prüfung annoch vermißte Bescheinigung des interveniendo erhobenen Anspruches nachträglich in der erlangten Weise geführt sei, könne von einer Anerkennung des letzteren die Rede sein.

Im weiteren Verfolg der Deduction suchte der Intervent noch in materieller Hinsicht die Intervention als gehaltlos darzustellen.

Es erkannte indeß das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig (6ten December 1853) wie folgt:

„Daß der Bl. — zu lesende, am 29sten Juli 1853 publicirte Bescheid, in Betracht, daß weder die formellen, noch die materiellen Gründe, welche der Kläger Bl. — dagegen geltend zu machen versucht hat, als beachtlich angesehen werden können:

a) die formellen Einwendungen nicht, weil die Bestimmung des Gesetzes vom 16ten Mai 1839. §. 13. sub 2. hier, wo es sich nicht um Bezahlung einer Geldschuld, sondern um einen Vindicationsanspruch handelt, dessen Zweck dahin geht, das von dem Kläger an den verholfenen Mobilien erlangte Pfandrecht unwirksam zu machen, nicht einschlägt, der Mangel der in §. 13. sub 4. desselben Gesetzes erwähnten Bedeutung, der Erklärung des Klägers Bl. — gegenüber, ohne Einfluß ist, die Bl. — hervorgehobene Ueberschreitung der in §. 14. des

nämlichen Gesetzes vorgezeichneten Frist nicht dem Kläger, sondern nur dem Intervenienten zur Beschwerde gereichen, der Kläger darüber, daß es sich um die Vorladung zu dem Verhörstermine in einer causa minutissima handle, um so weniger in Zweifel sein können, als ihm nach Bl. — vor dem Erlasse der Vorladung die Eingabe Bl. — zur Einsicht vorgelegt worden ist, und er daher bereits davon Kenntniß erlangt gehabt hat, daß der Intervenient nicht sämmtliche Pfandstücke, sondern nur die Bl. — sub 1—9., im Taxwerthe von 19 Thlrn. 12 Ngr. —, in Anspruch nehme, zu geschweigen, daß in der Citation Bl. — ausdrücklich das Erscheinen durch einen „in Gemäßheit des Gesetzes vom 16ten Mai 1839. §. 8. legitimirten Bevollmächtigten" nachgelassen worden ist, endlich, wie von dem Königlichen Appellationsgericht zu Leipzig bereits in mehreren Fällen ausgesprochen worden, die Worte des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838. §. 55., „nach Vorschrift der Proceßgesetze zu hören ꝛc.", in dem Sinne aufzufassen sind, daß die Erörterung und Entscheidung der Frage, ob der Intervenient ein Recht habe, das von dem Gläubiger erlangte Hülfsrecht unwirksam zu machen, als ein besonderer Rechtsstreit zu betrachten ist, in welchem der erstere die Stelle des Beklagten einnimmt, und welcher in derjenigen Proceßgattung verhandelt werden soll, die der Höhe des Taxwerthes der reclamirten Effecten entspricht, dergestalt, daß hierbei die für die einschlagende Proceßgattung geltenden Contumacialbestimmungen ebenfalls in Anwendung gelangen und nur in sofern eine Abweichung von den gewöhnlichen Proceßregeln eintritt, als dann, wenn der Vindicationsanspruch causa ardua ist, dem Intervenienten der Gebrauch des Eidesantrages für den Beweis nachgelassen zu werden pflegt, weil der gedachte §. 55. des Executionsgesetzes für die Begründung des Reclamationsrechtes die gewöhnliche Form einer Klagschrift nicht ausdrücklich vorschreibt, und es daher bedenklich fallen muß, die Bestimmung der Erl. Proceßordnung ad tit. XVIII. §. 1., welche die Existenz eines förmlichen Klaglibelles voraussetzt, auf das in dem mehrerwähnten §. 55. des Executionsgesetzes erforderte „schlüssige Vorbringen" des Intervenienten anzuwenden,

b) die materiellen Ausstellungen Bl. — nicht, weil ꝛc. — der eingewendeten Berufung ungeachtet zu bestätigen, es werden jedoch die Kosten des Rechtsmittels zwischen dem Intervenienten und dem Kläger compensirt, da die Lage der Sache nicht durchweg als eine völlig zweifellose betrachtet werden konnte."

---

## 16.

### Ist die Cession einer hypothekarischen Forderung, welche im Grund- und Hypothekenbuche nicht eingetragen ist, dem Concurse des debitor cessus gegenüber wirkungslos?

Mitgetheilt von

Herrn G. in D.

In dem vor dem Königl. Gericht zu Schönfeld anhängigen Creditwesen Dr. Johann Heinrich W.'s in H. bejahte das Concursgericht diese Frage mit Bezugnahme auf die Bestimmung des §. 84. des Grund- und Hypothekenbuchgesetzes und auf Dr. Heyne's Commentar zu diesem Gesetze, Bd. 1. S. 340. Dagegen sprach sich auf eingewendete Appellation das Königl. Appellationsgericht zu Dresden in einem Erkenntnisse vom 19. November 1853 gegentheilig und dahin aus, daß eine solche Cession den Cessionar, der sich im Concurs gemeldet habe, wenigstens zur Empfangsnahme dessen legitimire, was im Concurse auf die Forderung des Cedenten, der sich nicht angemeldet, ausfallen werde, indem es bemerkte, daß es sich „rücksichtlich der Beantwortung dieser Frage vorlängst der Ansicht zugewendet habe, welche von Heyne in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. N. F. Bd. 8. S. 50 ff. ausgeführt und aus den daselbst angegebenen Gründen bevorwortet worden sei. Man habe sich daher lediglich auf diese Gründe zu beziehen und nur noch zu bemerken, daß dem Appellaten B. (der sich für Bejahung der obigen Frage ausgesprochen hatte) auch die von ihm angezogene, in dem Wochenblatte für merkw. Rechtsf., Jahrg. 1852. S. 417 ff. abgedruckte Entscheidung des Königl. Oberappellationsgerichts keineswegs zur Seite stehe, indem es sich gegenwärtig nicht, wie dort, um die Wirksamkeit einer nicht in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen hypothekarischen Forderung dem Concurse des Verpfänders oder Cedenten gegenüber, sondern um die Wirksamkeit einer solchen Forderung dem Concurse des Pfandschuldners gegenüber handele."

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahreschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 10.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 17.

**Kann, wenn der eine Ehegatte zu einer Freiheitsstrafe verurtheilt worden ist, der andere, ohne Rücksicht auf die Dauer der Strafe, Ehescheidung verlangen, weil sich ihm unter den vorliegenden Umständen die Fortsetzung der Ehe vernünftiger Weise nicht zumuthen lasse?**

Mitgetheilt von
Herrn A. —r in D.

Auf diese Frage beziehen sich zwei Erkenntnisse, deren Gründe im vorigen Jahrgange des Wochenblatts (Nr. 24. S. 185 ff. und Nr. 63. S. 500 ff.) mitgetheilt worden sind, das eine vom K. Appellationsgericht zu Dresden, welches dieselbe verneinte, das andere vom K. Oberappellationsgericht, welches sie bejahte. Seitdem hat der letztere Gerichtshof, an welchen dieselbe Rechtssache durch ein nochmaliges Rechtsmittel wieder gelangte, sein früheres Urthel am 23. November 1853 bestätigt. Dagegen hat aber auch das K. Appellationsgericht zu Dresden in einer anderen Ehesache in einem am 14. Januar 1854 eröffneten Urthel nach seiner entgegengesetzten Ansicht abermals erkannt. Wir theilen im Folgenden unter 1. die Gründe des erstern Erkenntnisses (des K. Oberappellationsgerichts), unter 2. die des letztern Urthels (des K. Appellationsgerichts zu Dr.) mit, da diese mehrfach auf jene und auf die früher mitgetheilten Entscheidungsgründe Bezug nehmen.

1.

„Die vorliegenden Entscheidungen weichen wesentlich darin von einander ab, daß das Urthel zweiter Instanz die Verbrechen der Beklagten für einen Scheidungsgrund erachtet, das der ersten Instanz aber nicht. Die Gründe, welche von der letzteren zu Motivirung ihrer Ansicht sol. — ausführlich entwickelt worden sind, erscheinen vom Standpunkte der christlichen Moral aus sehr richtig und beachtenswerth. Sie stellen für das eheliche Verhältniß ein Vorbild christlicher Vollkommenheit auf, welchem jeder christliche Ehegatte nacheifern wird, wenn er, als treuer Nachfolger Christi, in der Collision der Pflichten gegen sich selbst und gegen seinen Nächsten, sein zeitliches Wohl dem ewigen zum Opfer bringen, und so der höchsten göttlichen Verheißung theilhaftig werden will. Allein so lange Religion und bürgerliche Ordnung, Tugend und Recht, vollkommene und unvollkommene Pflichten nicht auf Einer und derselben Stufe stehen, kann der menschliche Richter diesen höheren Maaßstab nicht als den allgemeinen anwenden und als Zwangspflicht aufstellen.

Schon D. Martin Luther sagt im Eingange zu seinem Tractat von Ehesachen, daß die Ehe ein äußerlich weltlich Ding sei, wie das so viele kaiserliche Rechte bewiesen. Im neuen Testamente finde sich kein Exempel, daß sich Christus und die Apostel hätten solcher Sachen — nämlich der weltlichen Gesetzgebung in Ehesachen — angenommen. Die geistlichen und päpstlichen Rechte streben in solchen Fällen wider alle Billigkeit, Vernunft und Recht, und das kaiserliche (römische) Recht liege hierin darnieder. Er, Luther, ertheile nur einen Rath für das Gewissen, wolle aber damit nicht als Rechtssprecher auftreten. — Und Philipp Melanchthon in seinem corpus doctrinae Christianae beruft sich, wo er von der Ehescheidung handelt, geradezu auf die Gesetzgebung des christlichen Kaisers Theodosius (l. 8. C. de repudiis, ein Edict der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. vom Jahre 449 nach Christi

Geburt), welche er eine „legem gravi deliberatione piorum scriptam“ nennt, und welche eine ganze Anzahl von Verbrechen, darunter namentlich auch Fälschung und Raub, als Scheidungsursachen aufzählt. Er fügt zwar hinzu, daß Manche vorgeben, dieses Gesetz weiche vom Evangelium ab. Allein diese verkennen den Unterschied zwischen Gesetz und Evangelium. (Etsi autem aliqui rejiciant hanc legem, et contendant, eam ab evangelio dissentire, tamen hi non recte intelligunt discrimen legis et evangelii.)

Erst dem Rigorismus einer späteren Zeit, welche orthodoxer zu sein strebte, als die Reformatoren und das Evangelium des Erlösers selbst, und in welcher die dogmatischen Streitigkeiten der protestantischen Theologen die kaum gegründete neue Kirche wieder an den Rand des Verfalles brachten, ist es gelungen, die sehr strengen Grundsätze einzuführen, welche hauptsächlich in Carpzov ihren eifrigen Vertheidiger fanden, und bis in die Mitte des 18ten Jahrhunderts herrschten. Das in erster Instanz sol. — erwähnte Rescript von 1751 ist bereits ein Zeichen der hervorleuchtenden milderen Ansicht. Dies Rescript enthält lediglich die Entscheidung eines besonderen Falles und keine gesetzliche Vorschrift. Aber theils aus diesem Grunde, theils weil es sich damals eben nur um den concreten Fall einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe handelte, kann für die Frage, ob auch eine kürzere Strafe oder ein geringeres Verbrechen eintretenden Falles zur Rechtfertigung der Scheidung hinreiche, weder eine bejahende, noch weniger eine verneinende Antwort, an welche die Gerichtshöfe sich zu binden haben, daraus entnommen werden.

Alles dies findet sich in der sol. — angezogenen Druckschrift von Kritz [Sammlung von Rechtsfällen, Bd. 5. S. 258 ff.] weiter ausgeführt, welche nicht blos als Citat für eine angenommene Rechtsmeinung zu gelten hat, sondern auch als eine in die Geschichte des Eherechts tief eingehende und das sittliche Moment keineswegs unbeachtet lassende Abhandlung nachgelesen zu werden verdient. Eben darum ist es auch unrichtig, wenn der in zweiter Instanz bereits in mehreren Entscheidungen angenommene Scheidungsgrund von der ersten sol. — ein ganz neuer genannt wird. Diese Benennung kann angemessen sein in Vergleichung mit der Praxis des 17ten und 18ten Jahrhunderts, nicht aber in Bezug auf die classischen Zeiten, aus welchen das Wesen unseres gegenwärtigen Rechtssystems und die gereinigten Grundsätze der evangelischen Kirche herstammen.

Allerdings ist die Ehe nicht blos eine Anstalt zum möglichsten Wohlbefinden, und die Trennung derselben nicht blos als Mittel vorhanden, um sich ein angenehmeres Leben zu bereiten. Allein wie weit diese laxe Ansicht entfernt liege von der rechtlichen Ueberzeugung, daß ein unschuldiger Ehegatte nicht gezwungen werden könne, mit dem sittlich verdorbenen und durch entehrende Verbrechen gebrandmarkten Gatten zeitlebens in der innigsten Gemeinschaft fortzuleben, die eigenen Kinder gleichem Verderben auszusetzen, und überhaupt ein Verhältniß weiter fortzuführen, welches, obgleich den Namen einer christlichen Ehe tragend, doch in jeder Beziehung mit dem Wesen derselben in den unabweisbarsten Widerspruch tritt, dies bedarf keiner umständlichen Beweisführung.“

2.

„Die Gründe, aus denen das K. Appellationsgericht eine Ehescheidung dann auszusprechen Sich nicht bewogen finden kann, wenn weiter Etwas nicht vorliegt, als gewisse Umstände, unter denen man, wie man sich ausdrückt, es vernünftiger Weise dem klagenden Ehegatten nicht zumuthen zu können glaubt, die Ehe fortzusetzen, sind bereits bei einer andern Gelegenheit ausführlich entwickelt, auch veröffentlicht worden.

Vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, 1853. S. 185 ff.

Was dagegen bemerkt und zum Theil ebenfalls durch den Druck bekannt geworden ist,

Wochenblatt a. a. O. S. 500 ff.

ist bei nochmaliger gewissenhafter Prüfung der Sache als zur Widerlegung der Ansicht des K. Appellationsgerichts ausreichend und als von der Unrichtigkeit dieser Ansicht überzeugend nicht erschienen. Dies soll im Folgenden dargelegt werden.

Bei der wissenschaftlichen Behandlung und praktischen Anwendung des protestantischen Eherechts muß man stets daran festhalten, daß Inhalt und Umfang dieses Rechts durch das Object desselben wesentlich bestimmt wird. Es handelt sich also nicht um die Ehe überhaupt und nicht um Das, was man etwa nach den Grundsätzen eines vermeintlichen Naturrechts als dem Zweck und Wesen einer solchen Verbindung angemessen oder nothwendig erachten könnte, sondern es handelt sich um eine christliche Ehe, und zwar um eine solche, wie sie nach der Lehre des Protestantismus aufgefaßt werden muß. Nach dieser Lehre ist nun die Ehe eine zur Erhaltung und Erziehung des menschlichen Geschlechts bestimmte Einrichtung Gottes, und ebendeshalb ein besonders heiliges, unter Mitwirkung der Kirche zu schließendes, eine völlige Lebensgemeinschaft bezweckendes Band, das zwar — nach der richtigen Meinung nur für den unschuldigen Ehegatten — auflöslich, dessen Trennung aber nur aus bestimmten Gründen zulässig ist.

Der Aufgabe des Eherechts, dieſe Gründe feſtzuſetzen, hat man früher ziemlich allgemein ſo zu entſprechen geſucht, daß man diejenigen Scheidungsgründe, welche ſich nach der Doctrin der proteſtantiſchen Theologen in der heiligen Schrift anerkannt finden, Ehebruch und böslicher Verlaſſung, als die einzig ſtatthaften bezeichnete. Später hat man, in Berückſichtigung der menſchlichen Schwachheit und der Herzenshärtigkeit, deren Chriſtus ſelbſt in Beziehung auf die Scheidung gedenkt, den Kreis der Eheſcheidungsgründe mehr und mehr erweitert. Aber es iſt dies, mit wenigen Ausnahmen in einzelnen Ländern, doch immer in Uebereinſtimmung mit dem oben Bemerkten ſo geſchehen, daß man dabei Zweck und Weſen der chriſtlich-proteſtantiſchen Ehe als maaßgebend betrachtet und nur ſolche Scheidungsgründe zugelaſſen hat, welche mit dieſem Zweck und Weſen nicht im Widerſpruch ſtehen. Ein ſolcher Widerſpruch iſt aber nach Dem, was im Wochenblatt a. a. O. S. 186 f. ausgeführt worden, dann vorhanden, wenn man dem einen Ehegatten die Scheidung geſtattet, weil es ſich ihm mit Rückſicht auf den Lebenswandel des andern vernünftiger Weiſe nicht ſoll zumuthen laſſen, die Ehe fortzuſetzen.

Hiergegen hat man zunächſt eingewendet, ein ſolcher Widerſpruch finde nicht Statt, wenn ein Ehegatte durch abſichtliches widriges Verhalten einen Zuſtand herbeiführe, durch welchen die Erreichung der Ehezwecke gehindert, für den andern eine Gefährdung der theuerſten Güter, zu denen außer dem Leben und der Geſundheit auch die Ehre und die bürgerliche Exiſtenz gehörten, und beſorglicher Nachtheil für die gehörige Heranbildung der Kinder veranlaßt werde: denn ein ſolcher Ehegatte breche die eheliche Treue und ein ſolches geſtörtes Verhältniß ſei nur noch dem Namen nach, nicht aber der Sache nach eine Ehe. Dieſe Subſumtion eines verbrecheriſchen und unordentlichen Lebenswandels unter den Begriff des Ehebruchs kann natürlich nur metaphoriſch verſtanden werden. Nimmt man die Sache nicht bildlich, ſondern ſo, wie ſie wirklich iſt, ſo wird man es nicht unbeachtet laſſen können, welcher weſentlicher Unterſchied zwiſchen dem Ehebruch, als einer poſitiven, gegen die Pflicht der ehelichen Treue und ſomit gegen die Ehe ſelbſt gerichteten Handlung, und einem diſſoluten Lebenswandel ſtattfindet, als aus welchem zwar Unterlaſſungen der Erfüllung gewiſſer, einem Ehegatten obliegender Pflichten hervorgehen können, der aber ebendeshalb nur negativ gegen die Ehe wirkt, nicht eine poſitive Verletzung des Ehebandes enthält. Wenn man weiter eine Ehe, in welcher der eine Ehegatte durch ſeinen verbrecheriſchen und liederlichen Lebenswandel dem andern Veranlaſſung zur Unzufriedenheit gegeben, ein Verhältniß genannt hat, welches nur noch dem Namen nach, nicht aber der Sache nach eine Ehe ſei, ſo iſt dies eines Theils auch nur eine der Wirklichkeit nicht ganz entſprechende Steigerung des Ausdrucks, andern Theils ganz irrelevant, weil eine Ehe darum, weil ſie der Richter nach ſeinem individuellen Gefühle für eine nur noch dem Namen nach beſtehende hält, noch nicht geſchieden werden darf; ſonſt kommt man nothwendig dahin, was bereits im Wochenblatt a. a. O. S. 188. als die Conſequenz des Princips, auf welchem der in Rede ſtehende vermeintliche Scheidungsgrund beruht, bezeichnet worden iſt; daß man nämlich jede Ehe ſcheidet, in welcher die eheliche Liebe fehlt und an deren Stelle widrige und feindſelige Geſinnung getreten iſt.

Es iſt ferner gegen die Gründe, durch welche die Anſicht des Appellationsgerichts (im Wochenblatt a. a. O. S. 186 f.) motivirt worden iſt, bemerkt worden, dieſelben erſchienen vom Standpunkt der chriſtlichen Moral aus ſehr richtig und beachtenswerth, indem ſie für das eheliche Verhältniß ein Vorbild chriſtlicher Vollkommenheit aufſtellten. Allein ſo lange Religion und bürgerliche Ordnung, Tugend und Recht, vollkommene und unvollkommene Pflichten nicht auf Einer und derſelben Stufe ſtänden, könne der menſchliche Richter dieſen höheren Maaßſtab nicht als den allgemeinen anwenden und als Zwangspflicht aufſtellen. Allein ſo richtig Letzteres iſt, ſo wenig iſt es zur Widerlegung der diesſeitigen Anſicht geeignet. Denn das Appellationsgericht hat nicht behauptet, daß der menſchliche Richter einen Ehegatten, welcher ſich einem mit Verabſäumung einzelner Pflichten eines ſolchen verbundenen Lebenswandel ergeben habe, zur Erfüllung dieſer Pflichten durch Zwangsmittel nöthigen könne. Wohl aber geht das Appellationsgericht von der Anſicht aus, daß der Richter bei der Frage nach der Zuläſſigkeit einer Scheidung das Weſen und den Zweck einer chriſtlichen Ehe im Auge behalten müſſe, und ſich nicht durch Rückſichten auf das Wohlbefinden und die Intereſſen Einzelner, oder durch die Furcht vor Uebeln, welche, wenn ſie überhaupt eintreten ſollten, (was öfterer im Voraus für gewiß angenommen zu werden pflegt, als es nachher wirklich der Fall iſt oder geweſen ſein würde,) doch im Verhältniß zu dem Schaden, welchen das Volk durch die Leichtigkeit der Eheſcheidungen nimmt, in keinem Verhältniſſe ſtehen würden, oder durch die in jedem Falle unſichere Vorausſetzung, daß eine Beſſerung nicht eintreten werde, beſtimmen laſſen dürfe. Mit einem Worte, die Heiligkeit des Ehebandes muß das oberſte Princip bei der Handhabung des Scheidungsrechts ſein, nicht

die Rückſicht auf die Schwäche der menſchlichen Natur, und wenn der Richter auch nicht berufen iſt, die Ueberwindung dieſer Schwäche zu erzwingen, ſo darf er ihr doch nicht durch die Auflöſung der Ehe die erwünſchte Gelegenheit verſchaffen, ſich auf Koſten dieſes heiligen Bandes nach Belieben gehen zu laſſen.

Man hat weiter auf Ausſprüche Luther's und Melanchthon's Bezug genommen, von denen der erſtere die Ehe einmal „ein äußerlich weltlich Ding" genannt und die Eheſachen der weltlichen Geſetzgebung anheimgeſtellt, der letztere aber Denen, welche noch andere, als die in der heiligen Schrift zugelaſſenen, Scheidungsgründe nicht anerkennen wollten, entgegengehalten hat, daß ſie den Unterſchied zwiſchen Geſetz und Evangelium verkennten. Dieſe Berufung auf die Reformatoren tritt nun aber der hier in Frage befangenen Anſicht des K. Appellationsgerichts und den Gründen, auf welchen dieſe Anſicht beruht, auch nicht im Entfernteſten entgegen. Denn weder hat das genannte Gericht die Eheſcheidungsgründe auf die in der heiligen Schrift anerkannten beſchränken wollen, vielmehr läßt daſſelbe auch noch andere zu, noch haben Luther und Melanchthon ſich jemals dafür ausgeſprochen, daß der weltliche Richter ſcheiden ſolle, wenn ſich nach ſeiner Anſicht unter den vorliegenden Verhältniſſen dem einen Ehegatten vernünftiger Weiſe nicht zumuthen laſſe, die Ehe mit dem andern fortzuſetzen. Ueberhaupt würde es ein großes Mißverſtändniß ſein, wenn man glauben wollte, die Reformatoren, und namentlich Luther, hätten, indem ſie die Eheſachen für weltliche erklärten und die Beſtimmung der Scheidungsgründe dem weltlichen Rechte zuwieſen, der Ehe ihren religiöſen Charakter nehmen und die Scheidung aus beliebigen Gründen zulaſſen wollen. Einmal iſt feſtzuhalten, daß die Reformatoren überhaupt nur rückſichtlich des unſchuldigen Ehegatten eine Scheidung geſtatteten und daß ſie dem ſchuldigen Theile die Wiederverehelichung bei Lebzeiten des unſchuldigen unbedingt verſagten,

Luther, Schrift von Eheſachen. 1530. Zweiter Theil. §. 88. ff. (Luther's Werke von Walch, Thl. 10. S. 949 ff.)

Melanchthon, De coniugio. (Argent. 1551.) p. 16 sqq.

eine Anſicht, welche bekanntlich in die Bekenntnißſchriften der evangeliſchen Kirche übergegangen,

Anhang zu den Schmalkald. Artikeln von 1537. Von der Biſchöfe Gewalt und Jurisdiction.

und ein nur durch Dispenſation gemildertes Princip des proteſtantiſchen Eherechts geworden iſt. Sodann waren die Reformatoren, und namentlich Luther, urſprünglich der Meinung, eine Eheſcheidung ſei auch dem unſchuldigen Ehegatten überhaupt nur aus den in der heiligen Schrift zugelaſſenen Gründen geſtattet, in allen anderen Fällen aber eine ſchwere Sünde.

Luther, Predigt vom ehel. Leben. 1522. (bei Walch, a. a. O. S. 721 ff.)

Als aber Luther mehr und mehr inne wurde, daß er ſich „bisher aus vergeblicher Hoffnung zu den Menſchen etwas anders verſehen, als nämlich, daß ſie möchten durch das Evangelium geweiſet werden, aber die Wahrheit zeiget, daß die Leute das Evangelium verachten und mit Geſetz und Schwert wollen gedrungen ſein", erklärte er es für zuläſſig, daß die weltliche Obrigkeit „um der Herzenshärtigkeit der Menſchen willen" auch aus anderen Gründen, als den in der heil. Schrift enthaltenen, ſcheiden könne. Daß er aber dabei die Heiligkeit der Ehe nicht Preis geben und eine Scheidung dem unſchuldigen Theile nur in den Fällen der dringendſten Noth nachgelaſſen wiſſen wollte, dafür geben ſeine Schriften an unzähligen Stellen die ſprechendſten Beweiſe.

Vgl. z. B. Luther von Eheſachen, Thl. 1. §. 3. ff. Thl. 2. §. 94. ff. (bei Walch a. a. O. S. 893 ff. 953 ff. 958 ff.)

Endlich iſt zur Rechtfertigung des in Rede ſtehenden Scheidungsgrundes und zur Entkräftung der gegen denſelben vorgebrachten Bedenken bemerkt worden, im Gegenſatze zu den oben hervorgehobenen Anſichten Luther's und Melanchthon's ſei es erſt dem Rigorismus einer ſpätern Zeit, welcher orthodoxer zu ſein geſtrebt, als die Reformatoren und das Evangelium, gelungen, die ſehr ſtrengen Grundſätze einzuführen, welche hauptſächlich in Carpzov ihren eifrigen Vertheidiger gefunden und bis in die Mitte des 18ten Jahrhunderts geherrſcht hätten. Das Reſcript von 1751, durch welches in einem Falle zuerſt wegen lebenslänglicher Zuchthausſtrafe des einen Ehegatten dem andern die Scheidung geſtattet worden, ſei bereits ein Zeichen der hervorleuchtenden milderen Anſicht. Jener Scheidungsgrund, welcher vorliegen ſoll, wenn es dem einen Ehegatten vernünftiger Weiſe nicht zugemuthet werden könne, die Ehe mit dem andern fortzuſetzen, ſei neu nur in Vergleichung mit der Praxis des 17ten und 18ten Jahrhunderts, nicht aber in Bezug auf die claſſiſchen Zeiten, aus welchen das Weſen unſers gegenwärtigen Rechtsſyſtems und die gereinigten Grundſätze der evangeliſchen Kirche herſtammten.

Allein dieſe Darſtellung dürfte der Geſchichte nicht entſprechen, die Sache ſich vielmehr alſo verhalten haben. Als nach der Reformation die Ehegerichtsbarkeit an die neu errichteten Conſiſtorien kam,

fehlte es an einer bestimmten Norm über die zulässigen Ehescheidungsgründe, worauf schon das Bedenken der Wittenberger Theologen der Consistorien halber von 1538

Zeitschrift f. Deutsches Recht, Bd. 4. S. 61 ff.

aufmerksam gemacht hatte, mit dem Antrage, darüber zu berathschlagen, wie es gehalten werden solle, wenn namentlich „Fälle von Divortiis und Ursachen derselbigen" vorkommen sollten, wo das Canonische Recht und die Schriften Luther's oder andere nicht zusammenstimmten. Diesem Antrage wurde aber alsbald nicht entsprochen, vielmehr die Feststellung des Ehescheidungsrechts zunächst der Praxis überlassen. Im Allgemeinen ging man davon aus, daß das Evangelium als ein göttliches Gesetz allem anderen vorgehe, und wenn sich auch die oben erwähnte Ansicht Luther's, daß bei dem damaligen Zustande der religiösen Bildung eine Rücksicht auf die menschliche Schwäche und Hartherzigkeit billig zu nehmen sei, durch das tägliche Leben als richtig herausstellte, so trug man doch Bedenken, aus dieser Rücksicht neue Entscheidungsgründe einzuführen, vielmehr suchte man dem Uebel auf andere Weise abzuhelfen, z. B. bei Sävitien durch Gestattung von längerer und wiederholter Scheidung von Tisch und Bett. Das deutlichste und vollständigste Bild des Zustands des Ehescheidungsrechts in Sachsen nach der Reformation im 16ten Jahrhundert bietet die Schrift

Tractatus de sponsalibus et matrimoniis ad praxim forensem accomodatus (Wittenb. 1586.)

von Joachim von Beust dar, der gewiß nicht des orthodoxen Rigorismus und des Mangels an christlicher Milde beschuldigt werden kann, auch zu lange vor Carpzov geschrieben hat, als daß man einen Einfluß des letztern auf ihn behaupten könnte. In jener Schrift sind als Ehescheidungsgründe für den unschuldigen Ehegatten nur Ehebruch und bösliche Verlassung anerkannt, namentlich dagegen von denselben Sävitien und Lebensnachstellungen, unheilbare Krankheiten des Körpers und des Geistes, Verbrechen des Ehemanns (unter Berufung auf das Römische Recht) ausgeschlossen. Dabei hält sich Beust keineswegs blos an das Evangelium als Quelle des Ehescheidungsrechts, sondern benutzt auch das Römische und Canonische Recht und die Schriften der Reformatoren. Wo es ihm in anderen Fällen, außer den im Evangelium zugelassenen, rathsam scheint, dem Verlangen nach Ehescheidung nachzugeben, (wie z. B. bei Sävitien und Lebensnachstellungen, nachdem alle Mittel, ihnen für die Zukunft Einhalt zu thun oder vorzubeugen, vergeblich versucht sind,) stellt er nicht selbst neue Ehescheidungsgründe auf, sondern macht darauf aufmerksam, daß ein churfürstliches Gesetz wünschenswerth sei.

Mit v. Beust's Ansichten stimmen im Wesentlichen die mit besonderer Rücksicht auf sein Buch ausgearbeiteten Gutachten des Consistoriums zu Wittenberg überein, welche im ersten Theil der Consultationes Consistorii Wittenbergensis super Constitutiones electorales Saxoniae den zweiten Abschnitt der „Matrimonialia, das ist, Berathschlagung des Consistorii der Chur Sachsen über die Ehesachen" bilden und „von Ehescheidung" handeln. Diese bekanntlich zwischen 1565 und 1571 ausgearbeiteten Gutachten erkennen auch als die einzigen vollständig gerechtfertigten Gründe, aus denen der unschuldige Ehegatte sich scheiden lassen und wieder verheirathen könne, Ehebruch und bösliche Verlassung an. Nur darin sind sie strenger, als Beust, daß sie blos die Bibel für die entscheidende Quelle halten. Wo ihnen eine Erweiterung des Scheidungsrechts aus Rücksicht auf die menschliche Unvollkommenheit angemessen erscheint, sie indessen es nicht auf ihr Gewissen nehmen wollen, eigenmächtig neue Gründe zu statuiren, bitten sie um ein Gesetz.

Illustres, aureae etc. Quaestiones variarum apud iuris utriusque interpretes controversarum decisiones et discussiones. (1599.) Matrimonialia p. 13 seqq.

Diesem Verlangen nach einer gesetzlichen Erweiterung der Scheidungsgründe wurde aber nicht entsprochen. Vielmehr wurde die Grundansicht, die nach den obigen Zeugnissen dem Scheidungsrecht des 16ten Jahrhunderts unterlag, daß die einzigen unbedingt zulässigen Scheidungsgründe die im Evangelium für statthaft erklärten seien, auch in der Gesetzgebung des 16ten und 17ten Jahrhunderts festgehalten, welche nur Ehebruch und bösliche Verlassung als Scheidungsgründe kennt.

Kirchenordnung vom 1. Januar 1580. (C. A. Tom. I. p. 475 seqq.)

Eheordnung vom 10. August 1624. (ibid. p. 1019 seqq.)

Diese Ansicht findet sich ebenso bei Carpzov wieder, und es würde sich in keiner Weise rechtfertigen lassen, wenn man behaupten wollte, daß derselbe früher von der Praxis schon anerkannte Ehescheidungsgründe verworfen habe. Wenigstens liefert eine Vergleichung seiner Schrift:

Jurisprudentia ecclesiastica s. consistorialis. Lib. II. tit. 11. et 12. (zuerst gedruckt 1649.)

mit der von Beust und mit dem Wittenberger Gutachten den Beweis des Gegentheils, und nur so viel läßt sich mit Zuversicht sagen, daß Carpzov in der Verwerfung nicht anerkannter Ehescheidungsgründe

sich entschiedener und strenger ausspricht, als Beust, keineswegs aber rigoristischer, als das Wittenberger Consistorium.

So war der Zustand des Ehescheidungsrechts im 16ten und 17ten Jahrhundert, und so ist er noch in der ersten Hälfte des 18ten Jahrhunderts geblieben. Man kann also nicht behaupten, daß es erst dem Rigorismus einer spätern Zeit, welche orthodoxer zu sein gestrebt, als die Reformatoren und das Evangelium, gelungen sei, die sehr strengen Grundsätze einzuführen, welche hauptsächlich Carpzov vertheidigt hat. Diese Grundsätze haben vielmehr seit der Reformation und der durch dieselbe herbeigeführten Errichtung der Consistorien stets gleichmäßig gegolten. Auch strebten die Juristen, welche sie aussprachen, nicht orthodoxer zu sein, als die Reformatoren und das Evangelium. Im Gegentheil haben vom rein christlichen Standpunkte aus — und dieser kann doch nur gemeint sein, wo von Orthodoxie die Rede ist — Luther sowohl (s. oben), als Melanchthon

Melanchthon, l. c. p. 15 b.

Ehebruch und bösliche Verlassung für die einzig zulässigen Gründe erklärt, aus denen eine Ehe geschieden werden könne, so daß wenigstens der unschuldige Ehegatte sich wieder verehelichen dürfe. Namentlich hat Luther es wiederholt ausgesprochen, daß, wenn er dem Gewissen rathen sollte, er jede aus anderem Grund erfolgende Scheidung verwerfen müßte. Aber er hat hinzugefügt, er sei blos Rathgeber für die Gewissen, nicht Gesetzgeber und Richter. Hielten diese es aus Rücksicht auf die Herzenshärtigkeit der Menschen für nothwendig, auch aus anderen Gründen eine Scheidung eintreten zu lassen, so möchten sie das auf ihre Verantwortung thun. „Unter den Christen oder Gläubigen ist in solchen und allen Sachen leichtlich zu handeln; aber mit den Unchristen, deren die Welt voll ist, kann niemand hinter sich noch vor sich, wo nicht das weltliche Schwerdt die Schärfe braucht. Und was hilft es, daß wir Christen wollten viel Gesetze und Urtheil stellen, so uns die Welt nicht unterthan ist und wir keine Gewalt über sie haben? Darum will ich schlechts mit solchen Sachen unverworren seyn und bitte, jedermann wollte mich damit zufrieden lassen. Hast du nicht Oberherren, so hast du Official. Urtheilen sie nicht recht, was gehet es mich an? Sie werden es verantworten, sie haben sich des Amts unterwunden."

Luther von Ehesachen. (Walch a. a. O. S. 893.)

Wenn nun die Juristen des 16ten und 17ten Jahrhunderts diese Verantwortung nicht auf sich nehmen wollten und auch als Richter an dem festhielten, was Luther als allein vereinbar mit seinem Gewissen bezeichnet hatte, so kann man ihnen doch gewiß nicht den Vorwurf machen, sie hätten orthodoxer zu sein gestrebt, als die Reformatoren.

Erst in der zweiten Hälfte des 18ten Jahrhunderts fing man an, die strengeren, seit der Reformation in Anerkennung und Uebung gewesenen Grundsätze zu verlassen. Von dem Gesetzgeber geschah dies zuerst in dem, auf einen einzelnen Fall bezüglichen, oben erwähnten Rescript vom 25. Februar 1751 und dann in den „Resolutiones über verschiedene zeither vorgekommene zweifelhafte Rechtsfragen in Consistorialibus" vom 27. Januar 1786. Beide Aeußerungen der gesetzgebenden Gewalt, von denen die erstere die Ehescheidung wegen lebenslänglicher Zuchthausstrafe, die letztere namentlich die wegen insidiae vitae structae zuließ, zeigen aber deutlich, wie gewissenhaft der Gesetzgeber an dem protestantischen Ehescheidungsrecht, wie es sich seit der Reformation festgestellt hatte, gehalten wissen wollte. Denn in beiden Fällen sucht er seine Neuerungen an jene beiden allein anerkannten Ehescheidungsgründe analogisch anzuknüpfen, im erstern Falle an die bösliche Verlassung, im letztern Falle an diese sowohl, als an den Ehebruch, so daß man deutlich sieht, wie auch er noch im Wesentlichen dem bisherigen protestantischen Eherechte zugethan war.

Aber sehr bald ging die Praxis in der Vermehrung der Scheidungsgründe weiter und immer weiter. Um sich diese Richtung der Praxis vollständig erklären zu können, muß man sich daran erinnern, daß in Deutschland besonders in den letzten Decennien des vorigen Jahrhunderts der Geist einer sogenannten Aufklärung herrschend wurde, welcher in Sachen des Christenthums nicht, wie die Reformatoren, dem Evangelium und dem an ihm festhaltenden Glauben, sondern lediglich der Vernunft die entscheidende Stimme einräumte und zugleich der Schwäche der menschlichen Natur eine überaus große Nachsicht zu Theil werden ließ. Dieser Geist bemächtigte sich auch der Behandlung des Eherechts, und indem man in Folge dessen von der religiösen und sittlichen Bedeutung der Ehe mehr und mehr absah und sie, wenn auch nicht dem Namen, doch der That nach, als einen privatrechtlichen Vertrag ansah, den man nach den selbst geschaffenen Grundsätzen eines vermeintlichen Natur- oder Vernunftrechts beurtheilen zu können glaubte, kam man zu einer fast unbeschränkten Freiheit der Ehescheidung. Im Preußischen Landrecht sind die Sätze dieses neuen Ehescheidungsrechts, welches mit dem protestantischen fast nichts mehr gemein hat, sogar zum gesetzlichen Ausdruck und zwar in einer Vollständigkeit und Ungebundenheit gekommen, wie es weder vorher noch nachher je der Fall gewesen ist. In den Vorschriften jenes Gesetz-

buchs, welches, allerdings consequent, selbst die Scheidung in Folge freiwilliger Uebereinkunft zuläßt, verschwindet die Rücksicht auf die Heiligkeit des Ehebandes ganz und an ihre Stelle ist lediglich die Rücksicht auf das individuelle Wohlbefinden der Einzelnen, welche einen Ehevertrag geschlossen haben, getreten. Es ist das Preußische Gesetz auch das erste und bis jetzt einzige, welches Zuchthausstrafe ohne Rücksicht auf deren Dauer, schimpfliches Gewerbe, unordentliche Wirthschaft und Lebensart des einen Ehegatten (jedoch auch nur dann, wenn die gegen den dissoluten Lebenswandel getroffenen richterlichen Veranstaltungen erfolglos geblieben sind), verschuldete Unfähigkeit des Mannes zur Ernährung der Frau und unüberwindliche Abneigung als Scheidungsgründe anerkannt hat.

Allgem. Landrecht f. d. Preuß. Staaten. Thl. II. Tit. 1. Absch. 8. §. 704. 707—714. 716—718.

Wenn nun, um auf die Frage: ob in Sachsen eine Ehe geschieden werden könne, weil sich vernünftiger Weise dem einen Ehegatten wegen des Lebenswandels des andern die Fortsetzung der Ehe nicht zumuthen lasse, zurückzukehren, das K. Appellationsgericht diese Frage verneint hat, so glaubt dasselbe, dies noch immer aus den von ihm entwickelten Gründen thun zu müssen, wie es denn auch einen solchen Ehescheidungsgrund, den weder die Reformatoren gekannt oder gebilligt haben, (auch da nicht, wo sie absichtlich von den Gründen sprechen, aus denen der weltliche Richter scheiden möge,) noch das Eherecht protestantischer Länder, und namentlich Sachsens, seit der Reformation bis gegen Ende des vorigen Jahrhunderts in Gesetzen oder in einer allgemeinen Praxis der Ehegerichte zugelassen hat, nur als einen neuen ansehen und bezeichnen kann."

## 18.

### Zur Lehre vom Schadenersatze.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. Dr. **Wilhelm Meißner** in Dresden.

Der Lohnkutscher R. in D. übergab am 6. Januar 1850 der dasigen Thierarzneischule ein Pferd, welches am Koller litt, zur ärztlichen Behandlung, fand dasselbe nach einigen Tagen anscheinend wieder völlig hergestellt und ließ es nur auf Anrathen des die Anstalt leitenden Arztes noch ferner in der Anstalt stehen. Aus plötzlich eingetretenem Mangel an Kollerställen wurde besagtes Pferd am 14. Januar dess. J. in die zum Herumführen kranker Pferde überhaupt bestimmte Bewegbahn gestellt, in welcher Tags zuvor rotzkranke Pferde und noch dazu in größerer Anzahl bewegt worden waren. Hier fand R. sein Pferd, mit der demselben mitgegebenen Decke und Gurt bekleidet, frei herumgehend und stehend, und führte sofort Beschwerde bei dem betreffenden Oberarzte. Am folgenden Tage fiel das Pferd. R. verweigerte hierauf die Annahme der Pferdedecke und des Gurtes, die mit und auf seinem Pferde in der besagten Bewegbahn gewesen, weil solche möglicher Weise von jenem gefährlichen Krankheitsstoffe inficirt sein könnten, und er somit, ohne Ansteckung seiner übrigen Pferde befürchten zu müssen, selbige nicht wieder brauchen dürfe. Als nun R. im Monat Februar 1852 von der Thierarzneischule auf Bezahlung der Futter- und Verpflegungskosten für besagtes Pferd, an 3 Thlr. 6 Ngr. 6 Pf., gerichtlich belangt wurde, excipirte derselbe, daß ihm besagter Decke und Gurtes halber ein gleich hoher Schädenanspruch an die Anstalt zustehe, denn bekanntlich wären nach dem Mandat vom 13. Mai 1780, das analoge Anwendung auf rotzkranke Pferde durch das Gesetz vom 21. Mai 1844 erleide, mit solcher Krankheit behaftete Thiere streng zu separiren und jede Berührung dieser, sowie der mit solchen in Berührung gewesenen Effecten mit andern Pferden wegen Ansteckung sorgfältig zu vermeiden, und beanspruchte deshalb, daß obige ihm zugemutheten Futter- und Curkosten mit dem wenigstens dieselbe Höhe betragenden Werthe seiner Sachen compensirt würden.

Diesem Verlangen aber wollte die schon erwähnte Anstalt nicht entsprechen und entgegnete, die Benutzung eines und desselben Raumes für rotzkranke und andere Pferde sei nicht Schuld der Anstalt, sondern rechtfertige sich durch den Mangel an Platz; auch seien die Sachen, wenn sie wirklich inficirt worden wären, leicht wieder zu desinficiren, und wären somit noch gar nicht unbrauchbar geworden.

Im Verhörstermine gestand Klägerin ferner noch ausdrücklich zu, daß die Sachen des Beklagten möglicherweise vom Rotz inficirt wären und daß die Möglichkeit weiterer Ansteckung durch selbige nicht ausgeschlossen sei, sobald sie wieder benützt würden. Das Stadtgericht publicirte hierauf am 29. Mai 1852 einen Bescheid, dahin lautend:

„Weil Beklagter die Richtigkeit der geklagten Forderung zugestanden, die von ihm vorgeschützte Ausflucht anlangend aber eine gesetzliche Bestimmung, wie er sie Bl. — für sich anzieht, nicht besteht, im übrigen von demselben nicht einmal behauptet worden ist, daß die fragliche Decke und Gurt wirklich inficirt worden, noch weniger, daß ihm ein Schaden schon wirklich erwachsen sei, so ist derselbe Klägerin die geforderten 3 Thlr. 6 Ngr. 6 Pf. sammt Zinsen

des Verzugs, vom 17. März d. J. als dem Tage an gerechnet, wo ihm die erste Hülfsauflage behändigt worden, zu bezahlen, sowie die erwachsenen Gerichtskosten allein zu bezahlen schuldig."

Beklagter wendete hierauf Appellation ein, indem er dazu an- und ausführte: die Zugeständnisse der Klägerin begründeten hinreichend die Schädenansprüche, die er compensationsweise vorgeschützt hätte; nach dem schon früher angezogenen Mandat, Cap. IV. §. 5. ergebe sich das Verfahren der Klägerin als ein diesem gänzlich zuwiderlaufendes und entspringe daraus ihre Verpflichtung zum Schadenersatz um so mehr, als der Schaden nur in dem Werthe der möglicher Weise inficirten Effecten gefunden werden könne, nicht aber in der durch deren Nichtgebrauch eben verhüteten weiteren Gefahr für sein übriges Vieh.

Die Entscheidung des Appellationsgerichts zu D. bestätigte am 29. September 1852 den frühern Bescheid, verurtheilte den Beklagten in die Kosten dieses Rechtsmittels, und führte in den Entscheidungsgründen Folgendes an:

„Da Beklagter Bl. — den Klaggrund eingeräumt, auch die Höhe der libellirten Forderung als richtig zugestanden hat, so kommt gegenwärtig nur in Frage, ob demselben der behauptete Gegenanspruch an die Klägerin wirklich zustehe.

Allein es ist ein solcher Anspruch auf Seiten Beklagtens überhaupt nicht vorhanden. Die Zugeständnisse der Klägerin, daß sie das vom Beklagten mit Decke und Gurt ihr zur Cur und Verpflegung übergebene Pferd in dieselbe Bewegbahn, in welcher Tags zuvor noch rotzkranke Pferde bewegt worden, gebracht habe, sowie der Umstand, daß dieselbe die Möglichkeit der Infection gedachter Effecten durch den Ausfluß rotzkranker Pferde nicht in Abrede gestellt hat, involviren noch keineswegs, wie Beklagter annimmt, die Verbindlichkeit zur Gewährung des baaren Geldwerthes, anstatt der Zurückgabe derselben in natura, für die Klägerin.

Hätte Beklagter behauptet, es sei ihm durch das Gebahren der Klägerin wirklich ein Schaden verursacht, insbesondere die mehrerwähnten Gegenstände wirklich inficirt worden, so würde dieses Vorbringen allerdings Berücksichtigung haben finden müssen, es wäre dann die Frage zu erörtern gewesen, ob die Klägerin, wie Beklagter Bl. — behauptet, der Vorwurf der Verschuldung treffe, oder ob ihr in dieser Hinsicht dasjenige, was sie Bl. — zur Rechtfertigung des von ihr eingeschlagenen Verfahrens vorstellig gemacht hat, zur Seite stehe.

Eine derartige, den erhobenen Gegenanspruch unterstützende Behauptung hat jedoch Beklagter nicht aufgestellt und nicht bescheinigt.

Durch jenes Gebahren an und für sich allein hat Klägerin weder eine gesetzliche Vorschrift verletzt, dergleichen über die Behandlung rotzkranker Pferde überhaupt nicht bestehen, noch ist aus der bloßen, ganz unbestimmten Möglichkeit einer Infection jener dem Beklagten zugehörigen Effecten auf das wirkliche Vorhandensein einer solchen, oder auf eine sonst dadurch herbeigeführte Unbrauchbarkeit derselben ein Schluß zu ziehen.

Wenn Beklagter aus Vorsicht Bedenken trägt, sich jener Sachen wegen der bloßen Möglichkeit einer Ansteckung wieder zu bedienen, und auch das von der Klägerin Bl. — anempfohlene, in Funke's Polizeigesetzen Bd. III. p. 501 ff. ausführlich beschriebene Reinigungsverfahren zu Beseitigung dieser Bedenken für nicht ausreichend erachtet, daher sich der Sachen lieber ganz entäußern will, so steht das in seinem Belieben. Er kann aber deshalb keine Schädenansprüche an die Thierarzneischule erheben und sich dieser gegenüber nicht weigern, die gedachten Effecten in dem gegenwärtigen Zustande in Natur zurückzunehmen. Denn zwischen dem, was er aus Vorsicht in seinem eigenen Interesse zu thun für räthlich achtet, und der Handlungsweise der Direction der Thierarzneischule, durch welche er dazu veranlaßt worden, findet ein nothwendiger Causalzusammenhang nicht statt. Beklagter hat nicht nöthig, so zu handeln, um sich vor Schaden zu bewahren, sondern es kann nur möglicherweise in seinem Interesse liegen, daß er sich der Sachen entäußere. Für einen auf diese Weise freiwillig von ihm sich zugezogenen Verlust hat aber die Thierarzneischule ihm keinen Ersatz zu leisten."

## Miscellen.

**Immatriculation von Advocaten.** Im Laufe des Jahres 1853 sind bei dem Justizministerium fernerweit folgende Rechtscandidaten als Advocaten immatriculirt worden: Clemens Heinrich Anton Börner zu Chemnitz, Esaias Louis Richter zu Oederan, Julius Herrmann Staudinger zu Adorf, Franz Cuno Julius Schweizer zu Markneukirchen, Gustav Theodor Mirus, Paul Ludwig Bassenge und Justus Adolph Günz zu Leipzig, Karl Friedrich Julius Gleisberg und Heinrich Friedrich Rudolph Gräffe zu Dresden, Constantin Pohl zu Borna, Otto Friedrich Zieger zu Waldenburg, Johann Joseph Rudolph Thiel zu Plauen.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 11.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 19.

### Intervention des Ehemannes in dem zwischen seiner Ehefrau, als Beklagter, und einem Dritten verhandelten Processe. — Vorladung an eine Ehefrau.

Mitgetheilt von
Herrn R. in D.

Der verehelichten W., als Miterbin eines gewissen B., stand ein Antheil an einer bedeutenden, auf einem Grundstücke im Auslande versicherten Forderung zu. Anscheinend, aus Rücksicht auf Vermeidung von kostspieligen Weiterungen bei der Einhebung dieser Forderung, stellte der Ehemann der W. am 21sten Januar 1846 eine von ihm an demselben Tage auch gerichtlich recognoscirte Erklärung aus, dahin gehend:

> daß er im Voraus zu allen und jeden Dispositionen, welche seine Ehegattin über diese Forderung treffen würde, seine ehemännliche Einwilligung ertheilte, die Erhebung des Capitalantheiles nebst Zinsen, Quittung, Cassationsbewilligung, so wie die etwanige Cession im Voraus genehmigte, der von seiner Frau einem Dritten etwa zu ertheilenden Vollmacht oder Auftrage beitrat, und überhaupt Alles im Voraus genehmigte, was sie in Bezug auf diese Forderung thun und verrichten würde.

Im Monat Mai 1850 erhob nun K. gegen die verehelichte W. Klage, indem er, unter Bezugnahme auf die erwähnte Urkunde vom 21sten Januar 1846, anführte, es habe die verehel. W. ihm am 17ten April 1846 ihren Forderungsantheil abgetreten, sich jedoch dabei verbindlich gemacht, die Forderung einzuheben, alle damit verbundenen Spesen und Kosten zu tragen und das Eingehobene ungekürzt an ihn abzuliefern; er habe — (nach einer beigefügten Berechnung) — der verehel. W. die Valuta gewährt, es habe jedoch die W., welche 5843 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf. von dieser Forderung eingehoben hätte, solche an ihn nicht abgegeben. Sein Gesuch ging dem gemäß auf Verurtheilung der W. in Bezahlung der eingehobenen Summe nebst Zinsen.

Die hierauf erlassene, die gehörige Frist und die gesetzliche Verwarnung, auch das ausdrückliche Injunct: „mit dem Ehemanne zu erscheinen", enthaltende Ladung wurde der verehel. W. selbst behändiget. Noch vor dem Termine überreichte der klagende K. eine Zuschrift der verehel. W., worin sie die Schuld einräumte und die Berechnung der ihr gewährten Valuta für richtig anerkannte.

Im Termine blieb die Beklagte aus und der erschienene Kläger regte die Contumaz an. Zur Eröffnung eines Bescheides wurde eine besondere Vorladung erlassen und wiederum der Beklagten selbst, 14 Tage vor dem Termine, insinuirt.

Der am 17ten October 1850 eröffnete Bescheid, welcher die Beklagte *in contumaciam* nach dem Klaggesuche verurtheilte, erlangte, da die Beklagte dawider nicht remedirte, am 27sten October 1850 Rechtskraft.

Das von dem Kläger ausgebrachte Hülfsverfahren führte zur Hülfsvollstreckung in den der Beklagten nach Höhe von $\frac{1}{12}$ zustehenden Antheil an einem Grundstücke zu L., das Hülfsrecht ward am 26./27sten November 1850 in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen, und am 20sten Januar 1851 ward der Beklagten die Verwarnung vor der Subhastation insinuirt.

Am 15ten Februar 1851 überreichte der Ehemann der Beklagten, J. G. W., unter dem Anführen, daß seine Ehefrau ihn von den ihr insinuirten Ladungen nicht benachrichtiget und daß er überhaupt von dem Processe eher nicht, als am 14ten Januar 1851, Kenntniß erhalten habe,

1) zu den Acten über den Proceß zwischen seiner Frau und K., eine Protestation gegen den Fortgang des Hülfsverfahrens und eine interveniendo bewirkte Einlassung auf die Klage des K., und zwar eine zum Theil verneinende, bestritt die Schlüssigkeit der Klage und schützte mehrere Exceptionen vor. Gleichzeitig übergab er dem Gericht
2) eine förmliche Interventionsklage, bezog sich darin auf die Unfähigkeit einer Ehefrau zur Proceßführung ohne Beitritt des Ehemannes, und auf das dem Ehemanne gesetzlich zustehende eigne Recht des Niesbrauchs und der Verwaltung des eheweiblichen Vermögens, stellte gegen die Schlüssigkeit der Hauptklage Einwendungen auf, bestritt die Ansicht, als habe durch seine Erklärung vom 21sten Januar 1846 der Antheil seiner Frau an dem darin genannten Activum Receptitieneigenschaft erhalten, wies darauf hin, daß, selbst wenn dies anzunehmen wäre, seine Frau doch blos in Bezahlung aus dem Receptitienvermögen hätte verurtheilt werden dürfen, und verband damit das Gesuch, den im Processe gegen seine Frau ertheilten Bescheid, so wie das Hülfsrecht wieder aufzuheben, den Eintrag im Hypothekenbuche zur Löschung zu bringen und auf die gegen seine Ehefrau von K. angestellte Klage einen anderweiten Termin anzuberaumen.

Von dem, was

ad 1. im Hauptprocesse weiter geschehen, ist nur noch Folgendes hier auszuheben: Der klagende K. hatte auch auf Sequestration des Grundstücksantheils der W. angetragen. In Folge der von dem Ehemanne der W. eingewendeten Appellation gelangte die Sache an das Oberappellationsgericht, welches mittelst Verordnung vom 18ten September 1851 die wegen der Sequestration vom Gerichte ertheilte Verfügung dahin abänderte:

daß mit der Sequestration anzustehen, oder solche, so weit sie angelegt, wieder aufzuheben, auch die erhobenen Nutzungen weder an den klagenden K., noch sonst an Jemanden zu verabfolgen seien.

In den Gründen dazu ward bemerkt, es sei noch zur Zeit darüber, ob dem intervenirenden Ehemanne der Beklagten Einwendungen gegen das Verfahren und die Entscheidung in dem zwischen ihr und K. verhandelten Processe zuständen, welcher Einfluß hierbei der Urkunde vom 21sten Januar 1846 beizulegen wäre, und ob in Streitigkeiten über Receptitiengüter die Frau allein handeln könnte, oder auch diesfalls die Vorschriften in der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 8. der Gültigkeit entgegenstünden, nicht zu entscheiden; hier solle eine nur wegen eines bestimmten Theiles des eheweiblichen Vermögens erfolgte beschränkte Erklärung des Ehemannes mittelbar auch zur Beeinträchtigung der ehemännlichen Niesbrauchsrechte hinsichtlich desjenigen Vermögensantheiles der Ehefrau, weshalb eine Receptitienqualität keineswegs liquid, ja nicht einmal bestimmt behauptet worden sei, benutzt werden; in einem solchen Falle könnten unverkennbar die die Rechte des Ehemannes mit berührenden Verhältnisse ohne Zuziehung und rechtliches Gehör des Ehemannes im Rechtswege gültig nicht erörtert und entschieden werden; das Niesbrauchsrecht des Ehemannes lasse sich keineswegs als ein blos von dem Rechte der Ehefrau abgeleitetes und von dem letzteren abhängiges in der Art betrachten, daß dasselbe nicht unter Umständen dem Ehemanne ein selbstständiges Eigenthum und ein Widerspruchsrecht gegen Dritte gewähren könne; das einmal begründete Niesbrauchsrecht sei ein unleugbarer Theil des ehemännlichen Eigenthums, welcher ihm nicht, und am wenigsten ohne hinlängliches rechtliches Gehör, entzogen oder auch nur geschmälert werden dürfe; obwohl der künftigen Entscheidung über die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Parteien nicht vorzugreifen wäre, so hätte doch so viel ohne Weiteres als gewiß angesehen werden müssen, daß, im Betracht des gänzlichen Mangels am rechtlichen Gehör des Ehemannes bei dem gegen die Ehefrau im Betreff andern, als Receptitienvermögens und selbst in den ehemännlichen Niesbrauch verhangenen Executionsverfahren, dieses Verfahren jetzt schon in formeller Hinsicht gegen den Ehemann auf keinen Fall habe aufrecht erhalten werden mögen.

In dem

ad 2. auf die in besondern Acten verhandelte Interventionsklage abgehaltenen Termine erklärte die dazu adcitirte Beklagte, die Ehefrau des Intervenienten, daß sie die Richtigkeit der Forderung des klagenden K. nochmals zugestehe und dem Widerspruche desselben gegen die Statthaftigkeit der Intervention ihres Ehemannes beitrete.

Der Kläger K. wendete gegen die Intervention im Wesentlichen Folgendes ein: sie sei als principale nicht zu betrachten, da der Intervenient kein selbstständiges Recht auf das Klagobject geltend mache, keine Partei ganz ausschließen, sondern nur der

Beklagten im Hauptproceſſe aſſiſtiren wolle; als acceſſoriſche ſei ſie unbeachtlich, da nach §. 2. ad tit. 15. der Erl. Proc.-Ordn. der Intervenient den Proceß in dem Stande, worin er ſich befindet, aufzunehmen und zu continuiren, mithin das bisher darin Geſchehene zu continuiren habe; wäre die Intervention als eine principale zu betrachten, ſo würde der Intervenient vorerſt den nach §. 1. ad tit. 15. der Erl. Proc.-Ordn. nöthigen Eid zu leiſten haben, und er, der Kläger, verlange dies eventuell; daß ſich eine Ehefrau hinſichtlich ihres Receptitienvermögens allein verbindlich machen könne, ſei gewiß; hätte ſie es gethan, ſo müſſe ſie dieſe Verpflichtung erfüllen; unterlaſſe oder verweigere ſie dies, ſo müſſe ſie dem Berechtigten den dadurch widerrechtlich verurſachten Schaden eben ſo, wie in jedem andern Falle, erſetzen, und es müſſe dies, nach der 36ſten Deciſ. v. 1746, auch aus dem dem Nießbrauche des Mannes unterworfenen Vermögen geſchehen; der von der verehel. W. mit ihm eingegangene Vertrag ſei an ſich gültig, weil das Activum, worüber der Vertrag eingegangen, als Receptitiengut zu betrachten wäre; ſelbſt wenn dies nicht angenommen und die Urkunde vom 21ſten Januar 1846 blos als eine Vollmacht zur Ceſſion angeſehen würde, müſſe der Ehemann das auf Grund dieſer Vollmacht von der Ehefrau Geſchehene anerkennen; hätte die verehel. W. auf Grund dieſer Erklärung ihres Ehemannes dem Kläger gegen Empfang der Valuta die Forderung cedirt, gleichwohl die Forderung ſelbſt eingehoben und an den Kläger nicht abgeliefert, hätte ſie ihm alſo das Object der Ceſſion entwährt, ſo müſſe ſie dem Kläger aus ihrem geſammten Vermögen dafür gerecht werden, und es liege die Genehmigung des Ehemannes hierzu ſchon in jener urkundlichen Erklärung ſelbſt; zu Geſtändniſſen von Thatſachen bedürfe es des ehemännlichen Beitrittes nicht; die Wahrheit müſſe jeder geſtehen; ein Anderes ſei es, Rechte einräumen oder Verbindlichkeiten übernehmen, ein Anderes, Thatſachen zugeſtehen; der Ehefrau, wenn ſie verklagt, nicht dem Ehemanne liege die Leiſtung des angetragenen Eides ob; der Ehemann könne nicht verlangen, daß die Ehefrau einen Eid ſchwöre, deſſen Leiſtung ſie mit ihrem Gewiſſen nicht für verträglich finde; von ſelbſt folge hieraus, daß auch das wegen Ungehorſams fingirte Zugeſtändniß von Thatſachen dieſelbe Wirkung haben müſſe, wie das von der Ehefrau mit ausdrücklichen Worten abgelegte.

Bevor die Acten zum Verſpruch verſendet wurden und noch vor der völligen Beendigung des Verfahrens zeigte der Intervenient an, daß der Kläger von dem mit Hülfsrecht eingetragenen Liquidum an 6936 Thlrn. 19 Ngr. 9 Pf. im Monat Januar 1851 den Betrag von 1800 Thlrn. —·—· und am 10ten April 1851 — (alſo nach Inſinuation der Intervention) — 4043 Thlr. —· —· an Andere im Hypothekenbuche cedirt habe. Seine Rechte ſich vorbehaltend, beſchied er ſich, daß in Folge des Hypothekengeſetzes vom 6ten November 1843. §. 22. ſeinem mit der Intervention verbundenen Geſuche im vollen Umfange nicht mehr Gewährung werden könne, und er beſchränkte es diesfalls dahin, den Kläger zu verurtheilen, daß er das Hülfsrecht, ſo weit es ihm möglich, zur Löſchung bringe, und daß er, ſo weit ihm dies nicht möglich, ihn deshalb ſchadlos halte.

Das Spruchcollegium bezeichnete im Rubrum des am 21ſten Januar 1852 zur Publication gelangten Urthels den Intervenienten W., als Kläger, und den Kläger K., als Beklagten, wies das Suchen des Intervenienten in angebrachter Maaße ab und compenſirte die Koſten. In den beigefügten Gründen ward, nach Vorausſchickung eines ausführlichen status causae, bemerkt: die Intervention ſei als eine gemiſchte zu betrachten, der damit verbundene Antrag auf Aufhebung des Proceſſes zwiſchen K. und der verehel. W. aber ſei unſtatthaft; die W. ſei legal vorgeladen, indem es, daß dem Ehemanne die Ladung mit inſinuirt werde, nicht geſetzlich vorgeſchrieben wäre; die Rechte des nicht mit verklagten Ehemannes kämen bei dem Proceſſe nicht in Frage; benachrichtige die Frau den Mann von der Ladung nicht, ſei ſie contumax, und veranlaſſe ſie dadurch ihre Verurtheilung, ſo träfen die dadurch entſtehenden Nachtheile lediglich die Frau, nicht den Mann; erſt bei der Execution könne deſſen Intereſſe hervortreten, wenn nämlich die Hülfe in Gegenſtände, welche ſeinem ehemännlichen Nießbrauche unterworfen, vollſtreckt werden ſolle oder vollſtreckt worden ſei (Wernher, P. VII. obs. 176); dann ſei die Intervention des Ehemannes, da ſein Intereſſe liquid, zuläſſig, und es komme nichts darauf an, ob er ſchon früher von der Klage gegen ſeine Frau etwas gewußt habe oder nicht; der Hausantheil der Ehefrau des Intervenienten, worein die Hülfe vollſtreckt worden, ſei allerdings kein Receptitiengut; deſſenungeachtet könne der Ehemann die Wiederaufhebung des Hülfsrechtes nicht verlangen; die Frage, ob dann, wenn, wie hier, die Forderung eines Dritten an die Frau erſt während der Ehe entſtanden wäre, die Hülfe in das Paraphernalvermögen, ſo lange die Ehe beſtehet, vollſtreckt werden könne, werde von Berger, de discrim. bon. uxor. in der Philoc. fori (Lps. 1713.) Nr. I. §. 26. — Leyser, sp. 302. m. 15. 16. und Wernher, obs. 175. verneint, von Andern hin-

gegen, doch unter der hier nicht vorliegenden Voraussetzung, wenn die Verpflichtung von der Frau mit Einwilligung des Mannes übernommen (Müller ad Leyser. obs. 534. — Hänsel, Excurse, I. S. 211.), bejahet; allein hier sei diese Frage schon nach Berger's und Leyser's Meinung vom Oberappellationsgerichte rechtskräftig verneint worden; gleichwohl könne, wenn man auch den ususfructus maritalis als ein Recht betrachtete, welches dem Ehemanne wider Willen nicht entzogen oder geschmälert werden dürfte, und wenn man auch die 36ste Decis. von 1746, wornach der Mann den durch das Delict der Frau entstandenen Schaden aus dem Einbringen ersetzen muß, auf diesen speciellen Fall beschränkte, und wenn man ferner annähme, daß der Ehemann, welcher im Voraus seine Einwilligung zu einem von seiner Ehefrau vorzunehmenden Geschäfte gegeben, dadurch noch nicht auf seine ehemännlichen Rechte am Vermögen der Frau verzichtet habe, doch die Hülfsvollstreckung in ein Grundstück der Frau — (der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch) — nicht als ein solcher Act angesehen werden, durch welchen an sich jene nachtheilige Wirkung für den Ehemann herbeigeführt würde; der Gläubiger müsse mit der durch den Eintrag erlangten Sicherheit, so lange die Ehe bestehe, sich begnügen; er könne nicht weiter gehen, nicht Befriedigung aus den Nutzungen verlangen, die Execution schlafe bis zur Auflösung der Ehe; der Mann werde an der Verwaltung und Benutzung nicht gehindert, es trete also die Regel ein: „quod nobis non nocet et alteri prodest, in eo alteri adversari non debemus"; nun stehe hier, nach der Verordnung des Oberappellationsgerichts, schon rechtskräftig fest, daß K. mit der Execution nicht weiter gehen könne; hierdurch habe W. schon Alles erlangt, was sein Interesse erheische; denn auch etwanigen Anträgen auf Subhastation würde die Rechtskraft entgegenstehen.

Von beiden Parteien ward appellirt, doch von dem Kläger K. blos gegen die Entscheidungsgründe, wohingegen der Intervenient W. seine Beschwerden wider das sein Suchen abweisende und die Kosten compensirende Erkenntniß richtete.

Das Appellationsgericht zu L. bezeichnete in dem am 23sten Mai 1853 publicirten Urthel den K. als Kläger, und den W. als Intervenienten, sprach reformatorisch dahin, daß, wenn der Intervenient, daß er von dem Processe gegen seine Ehefrau wirklich erst am 14ten Januar 1851 Kenntniß erhalten hätte, eidlich bestärken würde, dann der Bescheid im Hauptprocesse für nicht gesprochen zu erachten, derowegen der Eintrag des Hülfspfandrechtes im Grund- und Hypothekenbuche, so weit nicht hierbei die Rechte dritter Personen entgegenstünden, wiederum außer Kraft zu setzen, hiernächst auf Klägers Antrag mit Anberaumung eines anderweiten Güte- und Rechtstermines auf die von K. wider die W. erhobene Klage zu verfahren, und hierzu die Beklagte unter Adcitation des Intervenienten gebührend vorzuladen sei, worauf in der Hauptsache sowohl, als der Kosten halber, ferner ergehe, was Recht sei. Nur die Anordnung auf Compensation der Kosten in dem Interventionsstreite ward bestätiget; auch wurden die Appellationskosten gegen einander aufgehoben.

In den Gründen wurde zunächst, zu Widerlegung der ersten Instanz, im Wesentlichen Folgendes erwähnt: Das Oberappellationsgericht habe in der auf die Appellation wider das Executionsverfahren im Hauptprocesse ertheilten Verordnung blos über die Sequestration entschieden, übrigens aber die Frage über das rechtliche Verhältniß zwischen den Parteien offen erhalten; eine Rechtskraft stehe daher hier weder dem einen, noch dem andern Theile zur Seite; die erste Instanz habe blos die dem Ehemanne, als Usufructuar und Verwalter des eheweiblichen Vermögens, zukommenden Rechte in das Auge gefaßt, nicht die weiter gehenden Rechte des Ehemannes, als des ehelichen Vormundes der Frau. Gleichwohl komme gerade diese Seite hier zunächst in Betracht. Hierauf wird wörtlich so continuirt:

„Nach den hierunter einschlagenden älteren gesetzlichen Bestimmungen

Sachsenspiegel, Bd. I. art. 31. und 45. Bd. III. art. 45.

Const. elect. 15. p. II.

Decisio 24. v. J. 1661.

Erl. Proc.-Ordn. ad tit. VIII. §. 1.

Constitution von Verschreibungen u. Obligationen der Weibes-Personen vom 18ten November 1722.

ist die Ehefrau bei allen gerichtlich, wie außergerichtlich vorzunehmenden Handlungen in der Regel dergestalt an die Einwilligung ihres Ehemannes gebunden, daß das von ihr allein und ohne Beitritt des letzteren Verhandelte nicht nur dem Ehemanne, sondern auch ihr selbst gegenüber rechtlich unverbindlich und wirkungslos geachtet werden, und nicht einmal nach des Ehemannes Tode gegen sie convalesciren soll.

Hieran ist auch durch die spätere Gesetzgebung etwas nicht geändert worden, vielmehr findet sich in

§. 1. des Mandates, die Geschlechtsvormundschaft betr., vom 10ten November 1828

ausdrücklich verordnet, daß die Frage, in wiefern zur Gültigkeit von Handlungen der Ehefrauen die Einwilligung der Ehemänner nöthig sei, mit Aus-

nahme der in §. 28. flg. angegebenen Fälle, nach den bestehenden Rechten zu beantworten sei, und in dem

Gesetze, die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betr., vom 8ten Januar 1838.

wird in §. 3. unter fast wörtlicher Wiederholung obiger Bestimmung sogar noch beigefügt, daß dieses Gesetz sich nicht auf diejenige Pflegschaft erstrecken solle, welche den Ehemännern in Ansehung ihrer Ehefrauen in den Rechten beigelegt werde, und welche unter dem Namen der ehelichen Vormundschaft begriffen sei.

Hieraus ergiebt sich unmittelbar, daß den Eheweibern auch jetzt noch in den gegen sie anhängigen Processen die persona standi in judicio der Regel nach abgehe, und daß die von ihnen in selbigen ohne Vorwissen ihres ehelichen Vormundes ausdrücklich oder stillschweigend gemachten Zugeständnisse oder sonstigen Erklärungen überhaupt einen rechtlichen Effect nicht zu äußern vermögen, somit aber auch der von dem Intervenienten für sich Bl. — angezogene Umstand, daß er erst nach Erlaß der Bl. — der Acten ersichtlichen Subhastationsauflage Kenntniß von dem zwischen Klägern und seiner Ehefrau geführten Processe erhalten habe, für die Rechtsbeständigkeit des ganzen vorausgegangenen Verfahrens allerdings von entscheidendem Einflusse sei.

Zwar erscheint Letzteres äußerlich insofern vollkommen in Ordnung, als die Bl. — an die Beklagte gerichtete Ladung der Form und dem Inhalte nach allen gesetzlichen Erfordernissen entspricht, und sogar die ausdrückliche Bedeutung an die Beklagte, unter Beitritt ihres Ehemannes zu erscheinen, darin mit aufgenommen worden ist, die an die Beklagte unmittelbar bewirkte Behändigung derselben aber in Hinsicht auf

Dippoldiswalder Mandat vom 18ten Februar 1691. §. 6.

Erl. Proc.-Ordn. ad tit. IV. §. 2.

gleichfalls als völlig legal sich darstellt und somit der Richter an sich unbestreitbar berechtigt war, bei dem Außenbleiben der Beklagten in dem Güte- und Rechtstermine die für diesen Fall angedrohten Präjudizien gegen sie in Kraft treten zu lassen.

In Bezug auf den Intervenienten folgt aber hieraus nur so viel, daß, da im Zweifel von der Annahme ausgegangen werden muß, die Beklagte werde ihn von der ihr behändigten Ladung rechtzeitig unterrichtet haben, er nunmehr das Gegentheil hiervon erst noch besonders darzuthun haben wird. Dieser Nachweis wird durch den in dem Urthel auferlegten Bestärkungseid, zu welchem Intervenient nach Lage der Sache seinem Erbieten Bl. — gemäß unbedenklich gelassen werden konnte, genugsam hergestellt, und durch dessen Leistung also nachträglich in Gewißheit gesetzt, daß die Beklagte während der ganzen Dauer des Vorprocesses des ehemännlichen Beitritts, und somit der Fähigkeit, gültig vor Gericht zu handeln, entbehrt habe.

Daß es diesfalls keinen Unterschied machen könne, ob sie ohne Assistenz des Ehemannes in dem Termine persönlich erschienen sei und die Klage ausdrücklich zugestanden, oder durch ihr Außenbleiben den mit der Contumaz gesetzlich verbundenen Nachtheilen sich ausgesetzt habe, liegt auf der Hand, da auch die Annahme eines fingirten Zugeständnisses Seiten der Beklagten auf der Voraussetzung eines zwischen ihr und ihrem Ehemanne vorausgegangenen gegenseitigen Einvernehmens, beziehentlich einer beide Ehegatten gleichmäßig treffenden Verschuldung beruht, die eine wie die andere dieser Voraussetzungen aber durch die Leistung des erkannten Eides sich von selbst widerlegt.

Man hatte daher für diesen Fall die Aufhebung des in dem Hauptprocesse ertheilten Contumacialbescheides ohne Weiteres auszusprechen und dem Kläger die Ausbringung eines anderweiten Termines auf seine Klage anheim zu geben, wovon zugleich die nothwendige Folge war, daß auch das auf jener Entscheidung beruhende Hülfsrecht wiederum außer Wirksamkeit gesetzt werden mußte.

Dabei ist aber noch folgendes Speciellere zu bemerken:

*α.* Die Bl. — und Bl. — wiederholt angeregte Frage, ob und inwieweit der Ehemann genöthigt werden könne, zu dem einseitig von seiner Ehefrau Verhandelten nachträglich seine Genehmigung zu ertheilen, beziehentlich inwieweit bei fortgesetzter Beitrittsverweigerung eine Supplirung des ehemännlichen Consenses von richterlichen Amtswegen zulässig sei, liegt gegenwärtig noch gar nicht zur Entscheidung vor, da, die Leistung obigen Eides vorausgesetzt, eben so viel feststeht, daß dem Intervenienten bisher keine Gelegenheit zu Wahrnehmung seiner ehemännlichen Rechte gegeben gewesen, und keine gesetzliche Zwangspflicht für ihn besteht, das von seiner Ehefrau ohne sein Vorwissen Verhandelte unter allen Umständen nachträglich gut zu heißen.

*β.* Eben so wenig hat man gegenwärtig Veranlassung, sich schon des Näheren darüber zu verbreiten, ob und inwieweit die oben über die Unentbehrlichkeit des ehemännlichen Beitritts entwickelten Grundsätze auch auf die von den Ehefrauen in Bezug auf ihr Receptitiengut zu führenden Processe, ohne Unterschied, ob sie darin als Klägerinnen oder Beklagte auftreten, Anwendung zu finden haben, und welche Wirkungen hierunter in vorliegendem Falle

der von dem Intervenienten nach Bl. — der Beil.-Acten ausgestellten schriftlichen Erklärung beizulegen seien. Denn abgesehen davon, daß das ehemännliche Verwaltungsrecht an dem Vermögen der Ehefrau unstreitig die Regel bildet, gegen welche Ausnahmen immer besonders zu erweisen sind, und daß daher auch die gedachte Urkunde in Bezug auf den Umfang der der Beklagten darin eingeräumten Dispositionsbefugnisse rücksichtlich des daselbst näher bezeichneten Warschauer Capitales einer strieten Auslegung unterliegen müßte, so läßt sich auch schon jetzt so viel mit ausreichender Sicherheit übersehen, daß der von Klägerm mittelst der Bl. — der Beil.-Acten ersichtlichen Klage verfolgte Anspruch nicht sowohl auf Ausantwortung der ihr angeblich von dem Intervenienten zu eigener Verfügung überlassenen Gelder, als einer Species, gerichtet ist, sondern, daß von Klägerm für den nach der eigenen von ihm Bl — der Beil.-Act. beigebrachten Erklärung der Beklagten wirklich eingetretenen Fall des Nichtvorhandenseins dieser Gelder ein tantundem gefordert wird, für welches die Beklagte auch mit ihrem sonstigen Vermögen einzustehen habe, und es bedarf nicht erst einer ausführlichen Darlegung, daß unter diesen Umständen die Nothwendigkeit der Assistenz des Intervenienten bei den fraglichen Umständen sich in unbeschränkter Maaße geltend mache.

γ. Von dem in Vorstehendem durchgängig festgehaltenen Gesichtspunkte aus betrachtet, wonach das Interventionsrecht des Ehemannes nicht blos in seinem eigenen Interesse, als des gesetzlichen Nutznießers des eheweiblichen Vermögens, sondern überhaupt schon in den ihm vermöge der ehelichen Vormundschaft beiwohnenden Befugnissen ihre Begründung findet, erledigt sich die von der vorigen Instanz angeregte Frage, ob die Eintragung eines Hülfsrechtes auf das für das Dotalgrundstück bestimmte Folium des Grund- und Hypothekenbuches an sich schon eine Schmälerung des usufructuarischen Rechtes des Ehemannes enthalte, von selbst. Denn da die Cassation des betreffenden Eintrages in vorliegendem Falle schon aus formellen Gründen ausgesprochen werden mußte, so bedurfte es zur Zeit eines Eingehens auf jene materiell-rechtliche Frage nicht weiter. Daß sich übrigens die in vorstehendem Urthel in Ansehung des klägerischen Hülfsrechtes getroffene Anordnung nur auf denjenigen Theil desselben zu erstrecken hatte, welcher sich noch jetzt auf Klägers Namen in dem Grund- und Hypothekenbuche eingetragen findet, und daß also die Rechte der Bl. — benannten dritten Personen, an welche der Kläger Theile seines Hülfsrechtes immittelst bereits abgetreten, davon unberührt bleiben mußten, war durch die Rücksicht auf §. 22. des Gesetzes vom 6ten November 1843, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, bedingt. Der Intervenient hat sich dessen auch bereits Bl. — selbst beschieden, dabei aber den Antrag gestellt, Kläger möge insoweit verurtheilt werden, die Löschung der auf jene dritten Personen übertragenen Hypothekenantheile auszuwirken, oder, dafern ihm solches nicht möglich sein sollte, den Intervenienten deshalb schadlos zu halten. Diese erst nach Schlusse des beiderseitigen Verfahrens erfolgte Abänderung des petiti erschien jedoch zu wesentlich, als daß auf selbige dermalen noch Rücksicht hätte genommen werden können, und es muß daher der diesfallsige Anspruch des Intervenienten der besonderen Ausführung vorbehalten bleiben.

δ. Nach Aufhebung des ganzen bisherigen Verfahrens in dem Hauptprocesse macht sich, dafern Kläger denselben überhaupt fortzustellen gemeint, die Anberaumung eines neuen Güte- und Rechtstermines nöthig, und um etwanigen wiederholten Unzuträglichkeiten vorzubeugen, hat man für den Fall der Ausbringung anderweiter Ladung Seiten Klägers die besondere Adcitation des Intervenienten besonders anzuordnen für angemessen erachtet." ꝛc.

In Bezug auf die Appellation des Klägers und insbesondere im Betreff der bestrittenen formellen Statthaftigkeit der Intervention ward noch bemerkt, es genüge die Hinweisung auf die Schlußbestimmung im §. 1. der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XV., wornach das Recht der Einmischung des Ehemannes noch in dem gegenwärtigen Proceßstadium, und selbst, wenn man seine Intervention als eine rein principale auffassen wollte, einem gegründeten Zweifel nicht würde unterliegen können.

Auch bei diesem Erkenntnisse beruhigte sich keine Partei. Der Kläger fühlte sich durch die Reformatoria beschwert und verlangte die Abweisung der Intervention. Der Intervenient richtete seine erste Beschwerde dahin, daß nicht seinem nachträglichen Gesuche um Verurtheilung des Klägers, die cedirten Antheile des Hülfsrechts, so weit möglich, zur Löschung zu bringen, oder ihn, so weit dies nicht möglich, schadlos zu halten, stattgegeben worden sei, und bei der zweiten Beschwerde suchte er die ihm aufgegebene Eidesleistung als entbehrlich darzustellen.

Allein das Oberappellationsgericht sprach (am 1sten November 1853) bestätigend und fügte folgende Gründe bei:

„Gegen das vorige Urthel haben sowohl der Intervenient, als der Kläger remedirt. Präjudiziell erscheint

A. die Appellation des Klägers,

da deren Tendenz auf Wiederherstellung des das Suchen des Intervenienten in angebrachter Maaße abweisenden Urthels erster Instanz geht.

1. In dem Hauptprocesse zwischen dem Kläger und der Ehegattin des Intervenienten, als Beklagter, dessen rechtskräftige Entscheidung von dem Intervenienten als nichtig angefochten wird, handelt es sich nicht um ein Receptitiengut der Beklagten, sondern um das Verlangen des Klägers, aus dem Vermögen der Beklagten, welches dem gesetzlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte des Ehemannes unterliegt, wegen der libellirten Forderung befriedigt zu werden. Man kann die Frage unerörtert lassen, ob der Antheil der Beklagten an der in der Erklärung des Intervenienten vom 26sten Januar 1846 genannten Forderung durch diese Erklärung Receptitienqualität erlangt habe, oder nicht. Denn nicht der der Beklagten zustehende Antheil an dem in der Erklärung genannten Warschauer Activum und das Recht des Klägers, diesen Antheil auf Grund der angeblich von der Beklagten an ihn geschehenen Cession einzuziehen, sondern das von dem Kläger auf einen besondern Vertrag mit der Beklagten, nach welchem diese, der Cession an den Kläger ungeachtet, die Einziehung ihres Antheils an dem Activum zu besorgen und das Erlangte an den Kläger abzuliefern gehabt haben soll, gestützte Recht des Klägers, die Beklagte auf die Erfüllung dieses besonderen Versprechens zu belangen und die Gewährung aus dem Vermögen der Beklagten überhaupt zu suchen, ist der Gegenstand des Processes. Nicht, wenigstens nicht lediglich aus der angeblichen Cession, zu welcher die Beklagte durch die Erklärung des Intervenienten vom 26sten Januar 1846 legitimirt worden sein soll, sondern vornämlich aus dem nurerwähnten besonderen Vertrage und einer auf dessen Grund behaupteten, das übrige Vermögen der Beklagten, außer deren cedirten Antheile an dem Warschauer Activum, afficirenden Verbindlichkeit der Beklagten, hat der Kläger im Hauptprocesse geklagt, ohne sich auf die Zustimmung des Ehemannes (des Intervenienten) zu diesem zwischen dem Kläger und der Beklagten angeblich getroffenen besonderen Nebenantrage zu beziehen.

Hiernach würde selbst dann, wenn — (mit Griebner im Disc. zur Erl. Proc.-Ordn. Tit. 8. §. 1. ad v. „es wäre" sub 2. und ad v. „dotalia" S. 135. 136. der Küstner'schen Ausgabe) — anzunehmen wäre, eine Ehefrau könne, insoweit es sich um eine von ihr in Bezug auf ihr Receptitienvermögen übernommene Verbindlichkeit und um deren Erfüllung aus diesem Vermögen handelt, einen darüber entstehenden Proceß allein, ohne Concurrenz des Ehemannes, führen, der vorigen Instanz

2. darin beigetreten werden müssen, daß der von dem Kläger Inhalts der Acten gegen die Ehefrau des Intervenienten angestellte Proceß ohne Beitritt des Intervenienten, als des Ehemannes der Beklagten, von ihr und gegen sie mit Erfolg nicht geführt werden konnte, daß vielmehr die in Folge von Handlungen oder Unterlassungen der Beklagten in diesem Processe ergangene Entscheidung, sobald es sich zeigte, daß es bei den im Processe vorgekommenen Handlungen oder Unterlassungen der Ehefrau, auf welche die Entscheidung gesetzt wurde, an dem Einverständnisse des Ehemannes fehlte, eben wegen des Mangels an der gesetzlich nöthigen Basis für wirkungslos und zur Herbeiführung einer die Execution begründenden Rechtskraft nicht geeignet zu erachten ist.

Der im Hauptprocesse am 17ten October 1850 eröffnete Bescheid beruht theils

a) auf dem darin ausdrücklich angegebenen Grunde, daß die Beklagte, weil sie der ihr selbst insinuirten, die gehörige Frist, auch überdieß die Bedeutung: „mit ihrem Ehemanne zu erscheinen", enthaltenden und mit der gesetzlichen Commination verbundenen Ladung nicht nachgekommen, sondern im Termine ausgeblieben wäre, der Klage für geständig und überführt zu achten, theils

b) auf dem stillschweigend im Bescheide enthaltenen Grunde, daß die Klage für schlüssig zu befinden sei, daß das darin enthaltene thatsächliche Anführen ausreiche, das damit verbundene Sachgesuch, als rechtliche Folge, zu begründen.

Auch die besonders erlassene Ladung zu dem für die Eröffnung dieses Bescheides auf den 17ten October 1850 angesetzten Termine ist der Beklagten selbst 14 Tage vor dem Termine behändiget worden.

Da das Gesetz nicht vorschreibt, daß eine an die Ehefrau erlassene Ladung nur, wenn sie beiden Eheleuten insinuirt worden ist, wirksam sein solle, da vielmehr unter den Personen, welchen die Insinuation der an einen Andern gerichteten Citation gültig geschehen kann, auch die Eheleute genannt sind (Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 4. §. 2.), indem vorausgesetzt wird, es werde die Ladung an den Adressaten abgegeben werden, und da der von dem Commentator der Erl. Proc.-Ordn., Griebner, im Disc. S. 78, den Gerichtsbehörden ertheilte Rath, um der Sicherheit willen von der an die Ehefrau erlassenen Ladung auch dem Manne Nachricht zu geben, in der

Praxis, und zwar, nach Küſtner's Zeugniſſe in der Note 13, ſchon ſeit älterer Zeit, nicht befolgt, auch nach der von dem Oberappellationsgericht durch ein Concluſum vom 17ten November 1849 angenommenen Meinung die Aufnahme der Bedeutung: „mit ihrem Ehemanne zu erſcheinen", in die Ladung an eine Ehefrau nicht einmal mehr für nöthig gehalten wird, ſo läßt ſich gegen die Legalität der vorgedachten beiden, im Hauptproceſſe erlaſſenen Ladungen an ſich nichts einwenden. Das Proceßgericht mußte ſo lange, als nicht von einem Intereſſenten ein Anderes behauptet wurde, vermuthen, die Beklagte habe ihren Ehemann von beiden Ladungen in Kenntniß geſetzt, und es mußte, wenn es die Klage für ſchlüſſig hielt, wegen des Ausbleibens der Beklagten im erſten Termine einen Contumacialbeſcheid ertheilen, auch ſodann, weil die Beklagte dawider nicht remedirte, denſelben für rechtskräftig und vollſtreckbar halten, annehmend, es habe die Beklagte im Einverſtändniſſe mit ihrem Ehemanne durch das Ausbleiben im erſten Termine die Klage eingeräumt und auf etwaige Einwendungen oder Exceptionen, ſo wie ſodann auf den Gebrauch eines Rechtsmittels gegen den Beſcheid verzichtet, daher ſolchen anerkannt und ſich ihm unterworfen.

Die Baſis der Rechtskraft des Beſcheides iſt alſo weſentlich mit die durch den Mangel an einem zu den Acten gebrachten Widerſpruch veranlaßte Vermuthung, daß der Ehemann der Beklagten von den Ladungen Kenntniß erhalten habe und mit dem fingirten Zugeſtändniſſe des Klaganführens, ſo wie mit der Verzicht auf jede Vertheidigung gegen die Klage und auf die Anfechtung des Beſcheides einverſtanden ſei. Zeigt es ſich jedoch, daß dieſe Vermuthung eine irrthümliche iſt, ſo fällt mit der Unterlage des Beſcheides auch deſſen wirkende Kraft hinweg und der Proceß iſt als ein vergeblich geführter, reſultatloſer, zu betrachten.

Ganz der nämliche Fall tritt ein, wenn die Ladung z. B. der Ehefrau, einem erwachſenen Kinde des Beklagten, oder einem in deſſen Lohne und Brode ſtehenden Dienſtboten inſinuirt worden war. Der Beklagte wird, wenn er im Termine nicht erſcheint, der Klage für geſtändig und überführt, und der durch kein Rechtsmittel angefochtene Contumacialbeſcheid, gleichviel, ob die demſelben unterliegende Annahme der Schlüſſigkeit der Klage richtig oder nicht richtig, für rechtskräftig gehalten, weil vermuthet wird, die nach dem in den Acten enthaltenen Zeugniſſe einem Dritten behändigte Ladung ſei auch wirklich an den Beklagten abgegeben worden.

In der Natur der Sache liegt es und von der Praxis wird es anerkannt, — (Griebner, a. a. O. S. 76. — Pfotenhauer, doctr. proc., § 200 — und ed. Diedem. §. 275. P. II. pag. 30. — Oſterloh, ordentl. Proc., §. 104. Not. 3. S. 136. der 3. Aufl. — Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in Sachen Roths ℄. die geſchiedene Knackfuß, II. 630/518. vom 25ſten November 1852) — daß, wenn die dem im Geſetz für zur Annahme berechtigt bezeichneten Dritten inſinuirte Ladung dem Geladenen nicht zugekommen iſt, die Wirkung der Ladung wegfällt. Ebenſo verhält es ſich in dem Falle, wo eine Ehefrau vorgeladen wird, welche ſich auf einen Proceß anders nicht einlaſſen darf, als unter Benachrichtigung und unter Einverſtändniß des Ehemannes.

Daß ein Proceß, in welchen ſich eine Ehefrau ohne Beitritt des Mannes einläßt, Zugeſtändniſſe ablegt und ausdrücklich oder ſtillſchweigend ſich ihrer Vertheidigung begiebt, zu keiner executionsfähigen Entſcheidung für den Gegner führen könne, daß vielmehr dem Ehemanne zu jeder Zeit das Recht zuſtehe, die Wiederaufhebung des von der Ehefrau ohne ſeine Zuſtimmung Verhandelten zu verlangen, folgt von ſelbſt aus der dem Ehemanne geſetzlich zukommenden Pflegſchaft über die Ehefrau und aus den ihm, als dem Adminiſtrator und Uſufructuar des eheweiblichen Vermögens, in Bezug auf daſſelbe geſetzlich gebührenden eignen Befugniſſen. Wiederholt iſt dahin auch von dem Oberappellationsgerichte erkannt worden (ſ. z. B. die Erkenntniſſe vom 26ſten September 1843. und 14ten Februar 1844. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1848. S. 356 f. 362 flg.) Auf derſelben Anſicht beruht die im Hauptproceſſe durch Appellation im Hülfsverfahren veranlaßte, Bl. — abſchriftlich zu leſende Verordnung des Oberappellationsgerichts, wie dies inſonderheit die Stelle in den Gründen Bl. — erſehen läßt, indem daſelbſt ausgeſprochen wird, „es könnten in einem ſolchen Falle — (wie in dem Hauptproceſſe verhandelt) — die den Nießbrauch, ſo wie die ſonſtigen Rechte des Ehemannes am Vermögen der Ehefrau berührenden rechtlichen Verhältniſſe keineswegs ohne rechtliches Gehör und Zuziehung des Ehemannes im rechtlichen Wege gültig erörtert und entſchieden werden".

(Schluß in der gleichzeitig erſcheinenden Nummer 12.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahreschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 12.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


(Schluß aus No. 11.)

Der Bl. — von dem Kläger wiederholt aufgestellten Meinung, daß es des Beitrittes des Ehemannes nur dann, wenn die Frau neue Verbindlichkeiten auf sich nehme oder Rechte einräume, nicht aber auch dann bedürfe, wenn sie historische Vorgänge, thatsächliche Behauptungen, als wahr bestätige, oder wenn sie gar nichts thue, steht schon die bestimmte und klare Vorschrift der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 8. §§. 1. und 3. entgegen, nach welcher alle und jede Proceßhandlungen einer volljährigen Ehefrau nur dann, wenn sie mit dem Ehemanne oder durch einen von ihm mit bestellten Actor geschehen, für beständig erklärt werden, und sogar verboten wird, solche Handlungen, welche zu ihrem Besten gereichen könnten, von ihr allein vornehmen zu lassen. Zudem würde diese Meinung, selbst wenn sie richtig wäre, auf die Beurtheilung der Sache einflußlos bleiben müssen, da eine verklagte Ehefrau, welche in dem auf die Klage anberaumten Termine nicht erscheint und gegen das sie verurtheilende Erkenntniß kein Rechtsmittel einwendet, nicht blos die in der Klage vorgetragenen Thatsachen als wahr bestätigt, sondern zugleich stillschweigend auf das Recht zu ihrer Vertheidigung verzichtet. Dieses eigentlich dem Manne zustehende und zugleich als dessen Pflicht zu betrachtende Vertheidigungsrecht kann ihm dadurch, daß ihm die Ehefrau von der ihm behändigten Ladung keine Kenntniß giebt, nicht entzogen werden. Einer solchen indirecten Umgehung des Gesetzes irgend eine Wirkung beizulegen, zumal eine das Interesse und die Rechte des Mannes berührende, würde offenbar dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufen.

Die von dem Kläger ebenfalls wiederholt angeregte Frage, wie zu entscheiden sein werde, wenn das thatsächliche Anführen in der Klage von der verklagten Ehefrau zugestanden und somit die Leistung eines Eides zu deren Ablehnung verweigert, von dem Ehemanne hingegen das thatsächliche Anführen geleugnet und die Leistung des Eides verlangt würde, liegt, wie schon die vorige Instanz richtig bemerkt hat, noch zur Zeit zur Beantwortung nicht vor, da der Ehemann der Beklagten noch keinen Anlaß zum Gehör mit seiner Erklärung im Hauptprocesse erhalten hat; es könnte aber auch die Beantwortung dieser Frage, selbst wenn sie nach dem Wunsche des Klägers ausfiele, nur dann einen Einfluß auf die Sache äußern, wenn es für entschieden anzusehen wäre, daß das bloße Einräumen des thatsächlichen Vorbringens in der Klage das daraus gefolgerte Suchen begründe. Letzteres steht aber so lange nicht fest, als nicht dem Ehemanne zur Geltendmachung etwaiger Einwendungen gegen die Schlüssigkeit der Klage, oder peremtorischer Exceptionen, oder sonstiger Vertheidigungsmomente Gelegenheit im Hauptprocesse gegeben worden ist.

Kann hiernach dem Ehemanne der Beklagten das Recht nicht abgesprochen werden, die Wiederaufhebung des Hauptprocesses zu verlangen, vorausgesetzt, daß er von den beiden in jenem Processe erlassenen Ladungen vor den darin angesetzten Terminen keine Nachricht erhalten hätte, so bietet sich dem zu Folge

3. die Frage zur Beantwortung dar, auf welche Weise hierüber Gewißheit zu ermitteln sei. Die Versicherung des Ehemannes, vor dem Termine keine Kenntniß von der Ladung dazu erhalten zu haben, ist an sich zwar eine bloße Verneinung. Dessen-

ungeachtet kann dem Gegner ein Beweis der entgegengesetzten Affirmation schon insofern nicht ohne Weiteres angesonnen werden, als ihm Gründe der Wahrscheinlichkeit zur Seite stehen. Hier, wie in dem oben berührten Falle, wo die Insinuation nach dem Gesetze einer anderen Person, als dem Geladenen selbst, geschehen kann, wird, bei dem nahen Verhältnisse des Annehmers der Ladung zu dem Geladenen, in der Regel zu vermuthen sein, daß die Ehefrau den Mann von der an sie erlassenen Ladung benachrichtiget hat. Nur ist diese auf factischen Voraussetzungen beruhende Wahrscheinlichkeit keine so dringende, daß dem Ehemanne ein förmlicher Beweis seiner Verneinung aufgegeben werden müßte, abgesehen von den Bedenken, welche überhaupt gegen die Anordnung eines förmlichen Beweises zu Erörterung einer solchen Nebenfrage hervortreten. Hat es der Gerichtsbrauch, wie die oben allegirten Rechtslehrer und das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zeigen, für angemessen gehalten, in dem Falle, wo der Geladene den Empfang der an einen Andern insinuirten Ladung leugnet, die Ermittelung hierüber auf eine eidliche Bestärkung des Verneinenden zu stellen, so kann ein Gleiches auch da keinen Anstand finden, wo der Ehemann leugnet, von der an die Ehefrau erlassenen und ihr insinuirten Ladung Kenntniß erhalten zu haben, zumal wenn der Kläger — (was hier nicht geschehen) — zum Nachweise des Gegentheils sich nicht bereit erklärt, und wenn aus den Acten sich noch besondere Umstände ergeben, welche die Wahrscheinlichkeit, daß die Ehefrau den Mann von der Ladung benachrichtigt habe, wenn auch nicht ganz beseitigen, doch sehr schwächen. Hierzu kommt, daß das Gesetz selbst in ähnlichen Fällen die Ermittelung auf eine eidliche Versicherung des Interessenten stellt (s. z. B. Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 15. §. 1. — Proc.-Ordn. Tit. 24. §. 1. und Erläut. §. 3.).

Der von der vorigen Instanz, wiewohl auf Grund der die Intervention betreffenden Vorschrift im §. 1. ad tit. 15. der Erl. Proc.-Ordn., erkannte und von dem Kläger selbst eventuell verlangte Eid des Intervenienten, dahin, daß er von dem Hauptprocesse zwischen seiner Ehefrau und dem Kläger wirklich erst am 14ten Januar 1851 — (also gegen drei Monate nach Eröffnung des Bescheides im Hauptprocesse) — Kenntniß erhalten habe, liefert, wenn er geleistet wird, zugleich den Nachweis, daß die Voraussetzung, worauf die Wirkung der an die Beklagte ergangenen Ladungen zum Rechts- und zum Publicationstermine im Hauptprocesse und die Rechtsbeständigkeit des Bescheides beruht, nicht vorhanden sei.

4. Die Form anlangend, in welcher der Ehemann seinen Antrag auf Wiederaufhebung des ohne seine Concurrenz in dem Processe der Ehefrau Verhandelten und Entschiedenen anzubringen hat, so bedarf es darüber, ob nicht eine besondere Klage auf Grund der von dem Intervenienten in Anspruch genommenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex capite ignorantiae, oder eine auf den nachher zu Tage gekommenen Mangel an ausreichender Vorladung — (defectus citationis — Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 38. §. 1.) — zu stützende Nullitätsklage für statthaft zu erachten sein möchte, keiner umständlicheren Erörterung, da kein Bedenken entgegensteht, der vorigen Instanz auch darin beizupflichten, daß die Einmischung des Ehemannes der Beklagten in den gegen sie bereits entschiedenen und bis zum Hülfsverfahren gediehenen Proceß als eine statthafte Intervention, als unter welcher Bezeichnung auch der Antrag eingebracht worden ist, zu betrachten sei.

Specielle Vorschriften über die Vorbedingungen, unter denen die Einmischung in einen zwischen andern Personen anhängigen Proceß zu gestatten sei, finden sich in den sächsischen Gesetzen nicht; im Titel 15. der älteren Processordnung wird vielmehr mit den Worten: „so lassen wir es in den Fällen, da solche interventiones sonsten stattfinden, und mit solcher Maaße, wie sie in Rechten zulässig", ausdrücklich das gemeine Recht belbehalten, und hieran wird in der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 15. nichts geändert. Auch bei den für die Principal- und für die accessorische Intervention verschieden ertheilten Vorschriften setzt die Erl. Proc.-Ordn. diese Unterscheidung, ohne über das Wesen der einen und der andern Art nähere Andeutung zu geben, als eine bereits bestehende und bekannte voraus.

Nach den, unter Beachtung einzelner, doch diese Lehre ebenfalls nicht erschöpfender Stellen im römischen und canonischen Gesetzbuche, durch die Doctrin und Praxis gebildeten Grundsätzen ist, wie auch das Oberappellationsgericht annimmt (s. die ausführliche Entwickelung in den im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1847. S. 166 flg. abgedruckten Entscheidungsgründen), nicht jedes Interesse an dem zwischen Andern streitigen Gegenstande ausreichend zu Rechtfertigung der Einmischung in den Proceß; es ist vielmehr eine solche Einmischung nur dann zulässig, wenn der Proceß selbst und dessen Entscheidung den Dritten, als an sich auf Grund des streitigen Rechtsverhältnisses berechtigt oder verpflichtet (activ oder passiv), wesentlich mit berührt, und diesfalls dem Dritten Rechtsverluste oder Ansprüche daraus drohen, wo also die in l. 63. D. de

re judic. (42. 1.) aufgeſtellte Regel: res inter alios judicata aliis non praejudicat, nach den in dieſer Geſetzſtelle beigefügten Erläuterungen und Modificationen, eine Ausnahme erleidet, oder wo, nach den Worten älterer ſächſiſcher Rechtslehrer, der Fall ſo iſt: ut metuenda sit sententia, quae praejudicium faceret intervenienti, si non fieret interventio.

Nicht dem geringſten Zweifel kann es unterliegen, daß ein ſolcher Fall da eintritt, wo eine Ehefrau verklagt wird, die Vorladung zum Proceſſe dem Ehemanne verheimlicht und dieſer dann, nachdem er anderwärts Nachricht davon erhalten, ſein geſetzliches Recht, zu verlangen, daß der Proceß nicht ohne ſeine Concurrenz verhandelt und entſchieden werde, durch Intervention geltend macht. Das aus dieſem Rechte von ſelbſt ſich ergebende und liquide Intereſſe beſchränkt ſich nicht blos, wie die erſte Inſtanz meint, auf das Stadium der Execution, ſondern es bezieht ſich ebenſo überhaupt auf den ganzen Proceß ſelbſt, auf die geſetzliche Berechtigung und Verpflichtung des Ehemannes zur Vertheidigung der Frau, und auf die ihm als Ehemann und Familienvater obliegende Sorge für möglichſte Verhütung ungerechtfertigter Angriffe gegen das Vermögen der Frau, wie insbeſondere auf die Bewahrung der ihm nach dem Geſetze zuſtehenden eignen Rechte am Vermögen der Frau. Als eine blos acceſſoriſche Intervention läßt ſich daher eine ſolche Einmiſchung des Ehemannes nicht anſehen; ſie iſt vielmehr, wie dies auch beide vorige Inſtanzen angenommen haben, als eine zugleich principale, mithin gemiſchte, zu betrachten. Bei der Behauptung des Klägers, daß, weil die Tendenz des Intervenienten dahin gehe, der Beklagten im Proceſſe zu aſſiſtiren, um dadurch ſeine eignen, doch erſt aus den Rechten der Beklagten abzuleitenden Rechte zu ſchützen, die Intervention nur als eine acceſſoriſche ſich darſtelle, überſieht derſelbe gerade das hauptſächlichſte Moment, nämlich das ſowohl gegen die Beklagte, als gegen den Kläger gerichtete Verlangen des Intervenienten, daß ohne ſeine Concurrenz zwiſchen dem Kläger und der Beklagten überhaupt gar kein Proceß wegen des libellirten Anſpruches mit Erfolg geführt werden könne.

Erwägt man, daß der Kläger am Tage des erſten Termines im Hauptproceſſe das Induct, eine Zuſchrift der Beklagten, worin ſie ihre Schuld anerkannt, zu den Acten gebracht, und daß die Beklagte im Termine auf die Intervention mit der Erklärung, die Forderung des Klägers nochmals zugeſtehen zu wollen, einen ausdrücklichen Widerſpruch gegen die Intervention ihres Ehemannes verbunden hat, ſo ſcheint dadurch die wiederholte Hindeutung des Intervenienten auf ein ſeine Rechte beeinträchtigendes Einverſtändniß zwiſchen dem Kläger und der Beklagten unterſtützt und an den ſchon bei den Römern als zur Einmiſchung in einen Proceß zwiſchen Andern geeignet erachteten Fall der Beſorgniß einer Colluſion zwiſchen den Parteien erinnert zu werden (l. 29. pr. D. de inoff. test. [5. 2.] — l. 5. §. 1. l. 14. pr. D. de appell. [49. 1.]).

Die Einwendung Bl. — endlich, daß die von der vorigen Inſtanz allegirte Schlußbeſtimmung im §. 1. ad tit. 15. der Erl. Proc.-Ordn., wonach die Principalintervention nach bereits rechtskräftig erfolgter und auf der Execution beruhender Entſcheidung, nur dann, wenn das Intereſſe des Intervenienten in continenti liquid oder ein unerſetzlicher Verluſt für ihn zu beſorgen wäre, als Intervention zu beachten iſt, hier um deswillen keine Anwendung finden könne, weil keine dieſer beiden Bedingungen vorhanden ſei, iſt, wenigſtens ſo viel die Bedingung der Liquidität betrifft, offenbar unbegründet, da der Kläger wiederholt zugiebt, daß der Intervenient der Ehemann der Beklagten ſei, und da das Intereſſe des Ehemannes am Proceſſe der Ehefrau aus den geſetzlichen Vorſchriften folgt. Uebrigens würde auch, ſelbſt wenn dieſe Einwendung für begründet zu halten wäre, dies zu keiner dem Kläger günſtigeren Entſcheidung führen können. Der Fortſtellung des Executionsverfahrens im Hauptproceſſe iſt bereits durch die Bl. — abſchriftlich erſichtliche Verordnung Einhalt gethan, und es würde daher die Intervention Bl. — nur als die nach §. 1. ad tit. 15. der Erl. Proc.-Ordn. dem Intervenienten nachgelaſſene beſondere Ausführung zu betrachten ſein, immer aber zu demſelben Ziele führen, zu welchem der Intervenient, nach Lage der Sache, durch ſeinen als Intervention betrachteten Antrag gelangt.

So wenig hiernach auf die Appellation des Klägers das vorige Urthel eine Abänderung erleiden konnte, eben ſo wenig konnte ſolches

B. auf die Appellation des Intervenienten geſchehen.

Wenn ſchon

ad grav. 1. die Bemerkung des Intervenienten, daß das von ihm abgeänderte Geſuch nicht nach dem Schluſſe des Verfahrens, wie Bl. — geäußert wird, zu den Acten gelangt ſei, an ſich nicht unrichtig iſt, ſo iſt ſie doch unerheblich. Die durch die Intervention Bl. — zur Entſcheidung geſtellte Frage geht dahin, ob der zwiſchen dem Kläger und der Beklagten verhandelte Proceß für wirkungslos zu erklären und das, was in ſolchem entſchieden und in Folge der Entſcheidung verfügt worden iſt, wieder aufzuheben ſei. Eine ganz andere Frage iſt die von dem Intervenienten durch die Anzeige Bl. — angeregte.

Allerdings mußte dieſe Anzeige bei der Entſcheidung über obige Frage inſoweit berückſichtigt werden, als daraus und aus der Beilage ſich ergiebt, daß dem auf Wiederaufhebung der Folgen des Hauptproceſſes gerichteten Suchen nicht mehr im ganzen Umfange Gewährung werden kann, weil die Rückſicht auf §. 22. des Hypothekengeſetzes vom 6ten November 1843 dies hinſichtlich der beiden im Grund- und Hypothekenbuche cedirten Poſten verbietet. Allein die Frage, ob und welche Anſprüche dem Intervenienten gegen den Kläger um deswillen zuſtehen, weil er eine Handlung unternommen hat, wodurch jene theilweiſe Vereitelung des Suchens bei der Intervention herbeigeführt worden iſt, liegt dem gegenwärtigen Streite fern. Es iſt ein beſonderer, nicht auf die Ungültigkeit des Hauptproceſſes, ſondern auf ſpätere von dem Kläger vorgenommene Handlungen geſtützter Anſpruch des Intervenienten, welchen derſelbe, als Kläger, mittelſt beſonderer Klage gegen den Kläger, als Beklagten, an- und auszuführen hat. Der Gegenſtand iſt, wie Bl. — richtig bemerkt wird, nicht dazu geeignet, um als bloßer Incidentpunkt bei der gegenwärtigen Differenz behandelt zu werden, und der Kläger hat noch zur Zeit keine ihn dazu nöthigende Veranlaſſung erhalten, ſich darüber zu erklären.

In Bezug auf die

zweite Beſchwerde des Intervenienten iſt auf das oben ad A. 3. Erwähnte zu verweiſen, wornach hier die im §. 1. ad tit. 15. der Erl. Proc.-Ordn. enthaltene Beſtimmung, welche allerdings die eidliche Bekräftigung des Intervenienten nicht unbedingt erfordert, nicht allein in Betracht kommt, indem es ſich hier nicht blos um die Beurtheilung der Rechtzeitigkeit der Intervention, ſondern um Vergewiſſerung darüber handelt, ob die den Acten nach richtig erlaſſenen und inſinuirten Citationen im Hauptproceſſe für wirkungslos zu erklären ſeien. Einer ſolchen eidlichen Verſicherung würde es auch bedürfen, wenn der Mangel an Benachrichtigung des Ehemannes von der an die Ehefrau erlaſſenen Citation noch vor dem Contumacialbeſcheide und nicht durch eine Intervention des Ehemannes, ſondern durch die Ehefrau ſelbſt zur Anzeige gelangt wäre.

Dem Vorſtehenden zu Folge bedarf die Compenſation auch der jetzigen Appellationskoſten keiner beſonderen Rechtfertigung."

---

## 20.

**Zu Erläuterung des Geſetzes vom 23. Juli 1846, die Einführung einer kurzen Verjährungsfriſt für gewiſſe Forderungen betreffend, §. 5. unter f.**

Mitgetheilt von

Herrn S. in C.

Im September 1851 reichte Kläger eine Klage auf Bezahlung einer durch Bierlieferungen in der Zeit vom 4. December 1843 bis 1. Mai 1847 entſtandenen Schuld von 73 Thlrn. 7 Ngr. 5 Pf. beim Stadtgerichte zu X. ein, legte derſelben eine ſpecielle Berechnung ſeiner Forderung, ſowie einen vom Verklagten unterm 6. November 1850 an ihn gerichteten Brief bei, in welchem ſich folgende Stelle befindet:

„So eben iſt mir eine Zuſchrift von Herrn Adv. Z. in X. zugegangen, worinnen mir angezeigt wird, daß derſelbe von Ew. ꝛc. beauftragt iſt, Klage gegen mich zu erheben wegen einer Bierſchuld von 98 Thlrn. 7 Ngr. 5 Pf., die ich Ihnen ſchulde,"

und bat um Verurtheilung des Beklagten in die libellirte Summe.

Der Verklagte geſtand den Grund und Inhalt der Klage im Weſentlichen zu, erkannte auch den derſelben beigelegten Brief als von ihm herrührend an, ſchützte aber die Ausflucht der Verjährung vor.

Dem entgegen behauptete Kläger, daß durch den der Klage beiliegenden Brief, und zwar durch die oben angeführte Stelle deſſelben, die Verjährung als unterbrochen anzuſehen ſei.

Nach beendigtem Verfahren wurde vom Proceßgericht folgender Beſcheid abgefaßt und eröffnet:

„Da Beklagter den Grund der Klage bei dem — Abſchnitte der Einlaſſung Bl. — zugeſtanden, hiernach den Umſtand, daß er am 6. November 1850 ſchriftlich den Schuldreſt an 98 Thlrn. 7 Ngr. 5 Pf. gegenüber dem Kläger anerkannt und zu bezahlen verſprochen, ferner, daß er am 12. Februar 1851 25 Thlr. —- —- abſchläglich darauf bezahlt habe, und daß dieſer Schuldrückſtand nur noch 73 Thlr. 7 Ngr. 5 Pf. betrage, ausdrücklich eingeräumt hat, nun aber die von ihm Bl.— vorgeſchützte Ausflucht der Verjährung, in Erwägung, daß ſolche nach §. 5. f. des Geſetzes vom 23. Juli 1846, verbunden mit dem Geſetze vom 12. December 1849 durch die Ausſtellung eines ſchriftlichen Schuldbekenntniſſes, welches Beklagter als ſolches nach Obigem unbedingt anerkannt hat, unterbrochen worden iſt, keine rechtliche Beachtung verdient; ſo iſt derſelbe die geforderten 73 Thlr. 7 Ngr. 5 Pf. u. ſ. w. zu bezahlen,

ſowohl die in der Sache erwachſenen Gerichtskoſten und Extrajudicialien beziehendlich ab- und zu erſtatten ſchuldig."

Auf deshalb vom Verklagten eingewandte Appellation erkannte das Königliche Appellationsgericht zu Z. in einem am 18. December 1852 publicirten Erkenntniſſe reformatoriſch:

„Daß es bei ſothanem Beſcheide nicht zu laſſen, daher Beklagter die libellirten 73 Thlr. 7 Ngr. 5 Pf. dem Kläger zu bezahlen nicht ſchuldig, weniger noch demſelben die Proceßkoſten zu erſtatten verbunden; ſondern es hat Klägers Suchen angebrachter Maaßen nicht ſtatt; es werden jedoch ſowohl die Proceß- als die in jetziger Inſtanz erwachſenen Unkoſten gegen einander unter den Parteien aufgehoben" ꝛc.

Entſcheidungsgründe.

„Die Bl. — erhobene Klage hat eine bei dem Kläger in deſſen Bierbrauerei von dem Beklagten contrahirte Bierſchuld von 73 Thlrn. 7 Ngr. 5 Pf., mithin eine Forderung zum Gegenſtande, welche den im Geſetze vom 23. Juli 1846. (Geſ.- u. Verordn.-Bl. v. J. 1846. S. 91 ff.) §. 1. unter 1. aufgeführten Anſprüchen beizuzählen, und darum auch der durch dieſes Geſetz eingeführten dreijährigen Verjährungsfriſt unterworfen iſt.

Da nach Ausweis der der Klage beigefügten Rechnung Bl. — die Schuld aus dem Jahre 1847 ſich herſchreibt, die Ladung zum Güte- und Rechtstermine aber dem Beklagten beſage der Relationsregiſtratur Bl. — am 29. September 1851 behändigt worden iſt, ſo muß auch das Forderungsrecht nothwendig für verjährt erachtet werden, dafern nicht Kläger anzuführen und nachzuweiſen vermag, daß die Verjährung auf eine Weiſe unterbrochen worden ſei, wie ſolche das angezogene Geſetz §. 5. ausdrücklich vorſchreibt.

Nun iſt auch in der Klage auf einen derſelben abſchriftlich beigefügten Brief Bl. — Bezug genommen worden, Inhalts deſſen sub dato 6. November 1850 — alſo noch vor Ablauf der Verjährungsfriſt — Beklagter dem Kläger meldet,

daß er über eine ihm ſo eben vom Advocaten Z. in X. zugegangene Zuſchrift, worinnen ihm angezeigt werde, daß derſelbe von ihm, dem Kläger, beauftragt ſei, Klage gegen ihn, den Beklagten, zu erheben wegen einer Bierſchuld von 98 Thlrn. 7 Ngr. 5 Pf., die er ihm, dem Kläger, ſchulde, ſehr erſchreckt ſei,

und dabei bemerkt,

daß er beim beſten Willen eher, als er verſprochen, nicht im Stande ſei, den Kläger zu befriedigen, was er ſchon längſt würde gethan haben, wenn er von ſeinem Pachter, an den er bedeutende Forderungen habe, Zahlung hätte erhalten können.

In dieſem Briefe, den ſeinem ganzen Inhalte nach Beklagter im — Einlaſſungsabſchnitte Bl. —, ſowie Bl. — eingeräumt hat, liegt ganz unzweifelhaft ein Anerkenntniß des Beſtehens einer Schuldverbindlichkeit, wegen deren Erfüllung Kläger um Nachſicht gebeten wird, und könnte darüber noch ein Zweifel ſein, ſo wird ſolcher durch das eigne Bekenntniß des Beklagten im erwähnten Einlaſſungsabſchnitte beſeitigt.

Denn hier hat Beklagter noch beſonders eingeräumt, daß er in dieſem Briefe den Schuldreſt an 98 Thlr. 7 Ngr. 5 Pf. anerkannt und zu zahlen verſprochen, auch am 12. Februar 1851. 25 Thlr. —. —. darauf bezahlt habe, ſo daß der Schuldrückſtand nur noch die Summe 73 Thlr. 7 Ngr. 5 Pf. — das Libellat — betrage.

Auf Grund dieſes Geſtändniſſes hat denn auch das Proceßgericht den Beklagten verurtheilt.

Allein, nachdem Letzterer ſich nicht geſcheuet, die Einrede der Verjährung Bl. — vorzuſchützen, und nachdem ſolche im Beſcheide für unbeachtlich erklärt worden iſt, ſogar deshalb remedirt hat, mußte auch deshalb auf dieſe Einrede näher eingegangen und ihr zu Folge die Klage verworfen werden.

Nach dem Sinne und Wortlaute der hier einſchlagenden Beſtimmungen obgedachten Geſetzes ſoll nämlich nicht durch jedes von einem Schuldner ſeinem Gläubiger geleiſtete Schuldanerkenntniß oder Zahlungsverſprechen der Lauf der Verjährung der in dieſem Geſetze §. 1. aufgeführten Forderungsrechte unterbrochen werden, ſondern eine Unterbrechung erſt dann eintreten, wenn (§. 5. sub d.) das Anerkenntniß oder Zahlungsverſprechen vor Gericht erfolgt, und ein Protokoll darüber aufgenommen, oder (§. 5. sub f. und §. 7.) ein Schuldſchein ausgeſtellt worden iſt.

Nun kann man aber von einem Briefe, in welchem der Schuldner ſeinen Gläubiger auf deſſen Mahnung um Nachſicht bittet, und daneben der Richtigkeit der Forderung Erwähnung thut, nicht ſagen, daß er ein Schuldſchein ſei; vielmehr iſt darunter nach Anleitung der älteren ſächſiſchen Geſetze:

Proceßordnung v. J. 1622. Tit. VI. §. 3.

Erledigung der Landesgebrechen vom 22. Juni 1661. Tit. von Juſtitienſachen, §. 1. (C. A. Tom. 1. pag. 212.)

Erläuterte Proceßordnung, im Anfange §. 3. und 4.

nur ein ſogenanntes documentum quarentigiatum oder eine Urkunde zu verſtehen, welche von Seiten

des Schuldners oder solcher Personen, deren Erklärung er als die seinigen gelten lassen muß, mit dem Willen, sich zu verpflichten, ausgestellt, und den Executivproceß zu begründen geeignet ist. Es wird demnach eine Urkunde erfordert, in welcher ein sogenanntes constitutum pecuniae propriae enthalten ist, so daß, wenn auch der Schuldanspruch dem strengen Rechte nach nicht weiter klagbar sein sollte, dennoch nunmehr ex constituto auf Erfüllung des geleisteten Versprechens geklagt werden kann, wie dies auch die Bestimmung in §. 11. des ostangezogenen Gesetzes deutlich an die Hand giebt.

Ein solches Constitut findet sich jedoch in jenem Briefe nicht vor, vielmehr scheint mit solchem Beklagter weiter nichts, als Gestundung bezweckt zu haben, was noch keineswegs zu dem Schlusse berechtigt, daß er eine neue Zahlungsverbindlichkeit habe übernehmen wollen. Erscheint nun demnach der mehrerwähnte Brief nicht geeignet, die Verjährung zu unterbrechen, so muß auch nothwendig dem Verlangen des Beklagten entsprochen und die Klage abgewiesen werden, da es ihr außerdem an der erforderlichen Begründung gebricht.

Inzwischen hat man doch die Compensation der Proceßkosten für angemessen erachtet, weil dem Kläger, welcher blos dem formellen Rechte unterliegt, bei so bewandten Umständen eine muthwillige Streitsucht durchaus nicht zur Last gelegt werden mag; dagegen waren die in jetziger Instanz erwachsenen Unkosten schon um deswillen aufzuheben, weil die Entscheidungen gewechselt haben."

Hiergegen remedirte Kläger, und das Königl. Oberappellationsgericht stellte den Bescheid erster Instanz wieder her, indem es in einem am 13. Juni 1853 publicirten Erkenntnisse erkannte:

> „daß es mit Ausnahme desjenigen, was wegen Compensation der Kosten der vorigen Instanz ausgesprochen worden, nicht bei dem Erkenntnisse Bl. —, sondern bei dem Bescheide Bl. — zu lassen und derselbe vollständig wieder herzustellen ist. Es werden jedoch auch die Kosten dieses Rechtsmittels gegen einander aufgehoben";

und zwar aus folgenden Gründen:

„Der Sinn, der in dem Gesetze wegen Einführung einer kurzen Verjährungsfrist für gewisse Forderungen vom 23. Juli 1846. §. 5. unter f. enthaltenen Festsetzung, wonach die durch dieses Gesetz eingeführte Verjährung unter Anderem durch die Ausstellung eines schriftlichen Schuldbekenntnisses (§. 7. „Schuldscheins") unterbrochen werden soll, ist im Allgemeinen der, daß man als einen Fall der Unterbrechung der Verjährung den hinstellen wollte, wo das Schuldverhältniß vor dem Ablaufe der Verjährungszeit unter den Interessenten vollständig geordnet, und der Gläubiger in den Besitz eines schriftlichen Bekenntnisses des Schuldners hierüber gesetzt worden, aus welchem er, ohne weiter nöthig zu haben, auf den Ursprung der Forderung zurückzugehen, sofort im Urkundenprocesse Klage erheben könnte.

In soweit pflichtet man den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz Bl. — bei, nicht aber kann man die Meinung theilen, daß der von Beklagtem an Klägern Bl. — geschriebene, Bl. — anerkannte Brief sich nicht eigne, die Stelle eines Schuldbekenntnisses im Sinne des Gesetzes zu vertreten. Eine bestimmte äußere Form für ein Schuldbekenntniß oder einen Schuldschein ist in den Gesetzen nicht vorgeschrieben, man kann sich daher nur an das im §. 4. des Anhangs zur Proceßordnung aufgestellte Erforderniß des Inhalts der instrumenta quarentigiata halten, wonach dafür Urkunden angesehen werden sollen, „daraus alle Umstände, so zu einer condemnatoria in processu executivo nöthig, in continenti zu verificiren". Nun hat Beklagter, als er vor Ablauf der Verjährungszeit wegen des damaligen Schuldrückstandes in rechtlichen Anspruch genommen werden sollte, an Klägern den Brief Bl. — geschrieben, in welchem er nur um Gestundung bittet, zugleich aber den Restbetrag seiner Bierschuld speciell anerkennt und diesfalls nach Ablauf der gebetenen Gestundung Zahlung zusichert.

Wie daher Kläger, auf Grund des Inhalts dieses Briefes, wohl berechtigt gewesen wäre, gegen Beklagten auf Bezahlung jenes — durch eine spätere Abschlagszahlung noch um 25 Thlr. —⁄— geminderten — Rückstandes im Executivprocesse Klage zu erheben, so mag auch dem Briefe Bl. — die Eigenschaft eines Schuldbekenntnisses oder Schuldscheins im Sinne des Gesetzes nicht bestritten werden. Wenn in den Entscheidungsgründen des vorigen Urthels Bl. — gesagt wird, daß Beklagter mit dem Briefe weiter nichts als Gestundung bezweckt zu haben scheine, was noch keineswegs zu dem Schlusse berechtige, daß er eine neue Zahlungsverbindlichkeit übernehmen wollen, so ist darauf zu bemerken, daß es sich nur um das schriftliche Anerkenntniß einer bestehenden Zahlungsverbindlichkeit handelt, und daß, wenn Beklagter solches bei Gelegenheit eines Gesuchs um Gestundung bewirkte, seine Absicht doch unmöglich nur die gewesen sein kann, durch das Gestundungsgesuch den Eintritt der im §. 5. unter a. des Gesetzes vom 23. Juli 1846 gedachten, ihm bereits angedrohten, förmlichen Klaganstellung bis zum Beginne des

Jahres 1851 aufzuhalten, um sodann auf eingetretene Verjährung sich berufen zu können. Bei dieser Sachlage war der Bescheid der ersten Instanz wieder herzustellen, wegen des Wechsels der Entscheidungen aber eine Compensation der Kosten des jetzigen Rechtsmittels auszusprechen, und die der Kosten des vorigen Rechtsmittels zu bestätigen."

## 21.

I. Pensionen können mit Beschlag belegt werden, nicht aber auch Gratificationen. — II. Das Mandat vom 18. Juni 1823, die Beschränkung der den Gläubigern Königlicher Diener an deren Diensteinkommen einzuräumenden Rechte betr., kann nicht analog auf Diener der Prinzen des Königlichen Hauses angewendet werden*). — III. Competenzgelder.

Mitgetheilt von
Herrn G. in D.

In dem vor dem K. Stadtgerichte zu Dresden anhängigen Concurse des vormaligen Vorreiters des Prinzen M. von Sachsen, Johann Gottfried S., war auf Antrag des Gütervertreters und eines Gläubigers auch die Pension, welche S. jährlich bis zu etwaiger Wiederanstellung im Betrage von 61 Thlrn. 20 Ngr. —₰ bezog, sowie die ihm in gleichem Betrage wegen seiner im Dienste entstandenen Invalidität von den Erben des Prinzen M. verwilligte Gratification mit Beschlag belegt und zur Masse gezogen worden. S. appellirte dagegen, und das K. Appellationsgericht zu Dresden verordnete zunächst Anberaumung eines Inrotulationstermines, Gehör der Parteien bis zu demselben und sodann förmlichen Verspruch. Nachdem das Erstere ins Werk gesetzt worden, erkannte das K. Spruchcollegium zu Leipzig wie folgt:

ꝛc. „Und weil, soviel das Gesuch um Ueberlassung des über das Drittheil jener Gnadenbezüge inhibirten Betrags als Competenzgeld anlangt, ganz abgesehen von der Frage, inwiefern der Impetrant auf das beneficium competentiae Anspruch zu machen berechtigt, als welche nach der Verordnung Bl. — gar nicht als Gegenstand dieser Entscheidung anzusehen, diesfalls übrigens weder in materieller, noch in formeller Hinsicht die erforderlichen Unterlagen vorliegen, dem Antrage entgegenstebt, daß nach Vorschrift der Erl. Proceßordnung ad tit. XLII. §. 3. diese Competenzgelder aus der Masse im Allgemeinen zu gewähren sind, ohne daß dem Gemeinschuldner ein Recht zugestanden werden könnte, einen besonderen Theil derselben zu diesem Behufe in Anspruch zu nehmen, oder was im vorliegenden Falle stattfinden würde, die eigne Erhebung eines Außenstandes zu verlangen,

ferner aber ein Privilegium desselben weder im Allgemeinen, noch in Hinsicht auf das Mandat vom 18. Juni 1823 für begründet zu erachten, da Dienstbezüge, Renten und andere derartige fortlaufende Einnahmen des Gemeinschuldners, insofern nicht etwas Anderes ausdrücklich durch Gesetz oder sonst bestimmt worden, zur Concursmasse zu ziehen sind, eine derartige Ausnahme in dem angezogenen Mandate nicht angeordnet ist, immaaßen dieses Gesetz nur dasjenige Diensteinkommen an Besoldung, Wartegeld und Emolumenten betrifft, welches Civildiener, wegen deren im Staatsdienergesetz vom 7. März 1835. §. 12. 35. und 45. anderweite Bestimmung getroffen worden oder die zum königlichen Hofetat gehörigen Personen beziehen, übrigens wie die im Eingange des Mandats ausgesprochene ratio legis an die Hand giebt, nur den Zweck hat, die Uebelstände zu vermeiden, welche die mit gänzlicher Beschlagnahme der Dienstgenüsse verbundene Entziehung der den Dienern oft ganz unentbehrlichen Mittel des Unterhaltes auf die Verwaltung des Dienstes selbst äußert, somit im Zweifel an sich nicht auf die Emolumente solcher Diener bezogen werden kann, nachdem deren Dienstpflicht aufgehört hat, in keiner Weise aber auf Gnadengenüsse und Gratificationen zu erstrecken, welche einem emeritirten Diener aus einem Privatvermögen, als wohin präsumtiv dasjenige zu rechnen, aus welchem die Bl. — erwähnten, durch letztwillige Verfügung eines königlichen Prinzen und beziehendlich die Gnade der Erben eines solchen bestimmte Pension und Gratificationen verabreicht wird, zufließen;

So hat Impetrantens Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, er hat auch die Kosten dieser Differenz zu erstatten."

Dagegen appellirte Impetrant S., und das Königl. Appellationsgericht reformirte hierauf unterm 24. April 1851 theilweise, indem es unter Compensation der Kosten die Inhibition der Gratification von 61 Thlrn. 20 Ngr. —₰ wieder aufhob, wogegen im Uebrigen das Urthel bestätigt ward, und zwar aus folgenden Gründen:

„Wenn die vorige Instanz den von dem Impetranten Bl. — und — ff. gestellten Antrag auf Wiederaufhebung der nach Bl. —, verbunden mit Bl. — verfügten Inhibition derjenigen 120 Thlr. —₰ —₰, welchen Impetrant als vormaliger prinzlicher Vor-

*) Vergl. Wochenblatt vom Jahre 1853. S. 143. nr. 34.

reiter aus der Hofcaſſe des verewigten Prinzen M., königl. Hoheit, bezieht, durchgängig abgewieſen hat, ſo ließ ſich derſelben nicht beitreten.

Nach Ausweis der Bl. — anzutreffenden Beſcheinigung des prinzlichen Kammerzahlamtes hat Impetrant nur 61 Thlr. 20 Ngr. —₰ als jährliche Penſion bis zu etwaiger Wiederanſtellung zu beziehen, wogegen ihm außerdem wegen ſeiner angeblich im Dienſte entſtandenen Invalidität von den allerhöchſten und höchſten Erben Sr. Königl. Hoheit des Prinzen M. annoch 61 Thlr. 20 Ngr. —₰ als jährliche Gratification verwilligt worden ſind. Dieſe beiden Beſtandtheile der dem Impetranten verwilligten Gnadenbezüge unterliegen nun aber einer verſchiedenen rechtlichen Beurtheilung.

Denn während anzunehmen iſt, daß die Penſion, welche Impetrant jährlich nach Höhe von 61 Thlrn. 20 Ngr. —₰ bezieht, ihm unwiderruflich verwilligt worden ſei und daß ſonach dieſelbe die Natur einer außenſtehenden Forderung des Impetranten habe, läßt ſich ein Gleiches von der Gratification, welche dem Impetranten noch über die ihm zukommende Penſion zugebilligt worden iſt, keineswegs vermuthen, indem daraus, daß nach der angezogenen Beſcheinigung des Kammerzahlamts dem Impetranten 61 Thlr. 20 Ngr. —₰ als jährliche Gratification verwilligt worden ſind, noch nicht hervorgeht, daß dieſe Gratification einem Widerruf Seiten der Verwilligenden nicht unterliege und ſonach als ein der Inhibition und Hülfsvollſtreckung unterworfenes Activum des Impetranten zu betrachten ſei. Man hat vielmehr bei dem Mangel aller weiteren Unterlagen davon auszugehen, daß die Gewährung dieſer Gratification lediglich auf der Liberalität der Verwilligenden beruhe. Dazu kommt auch noch insbeſondere, daß die gedachte Gratification Inhalts der mehrerwähnten Beſcheinigung dem Impetranten in Anbetracht ſeiner angeblich im Dienſte ihn überkommenen Invalidität zugeſtanden worden iſt. Denn hiernach erſcheint dieſe Gratification nur als ein einem Bedürftigen gewährtes Almoſen, welches den Zweck hat, dem Empfänger einen nothdürftigen Lebensunterhalt zu verſchaffen, und es würde daher, wollte man die Inhibition eines derartigen Almoſens für zuläſſig anſehen, der Abſicht, welche die Geber bei Gewährung deſſelben präſumtiv verfolgten, und auf welche auch dritten Perſonen gegenüber in der Regel, und ſobald nicht eine rechtsverbindliche Zuſage des Schuldners ſelbſt hierunter vorhanden iſt, Rückſicht genommen werden muß, geradezu entgegengetreten werden.

Soviel daher mehrgedachte Gratification anlangt, ſo war die ausgebrachte Inhibition derſelben für ſtatthaft nicht anzuſehen, ſondern es iſt dieſelbe dem Impetranten zu überlaſſen.

Was dagegen die 61 Thlr. 20 Ngr. —₰ anlangt, welche Impetrant als jährliche Penſion bezieht, ſo ſind die Gründe, die er zur Unterſtützung ſeines Antrags auf Wiederaufhebung der verfügten Verkümmerung derſelben vorgebracht hat, nicht genügend, um ſein diesfallſiges Suchen zu rechtfertigen. Denn das Mandat, die Beſchränkung der den Gläubigern Königlicher Diener an deren Dienſteinkommen einzuräumenden Rechte betr., vom 18. Juni 1823 ſteht ihm nicht zur Seite; zuvörderſt ſpricht dieſes nämlich überhaupt nur vom Dienſteinkommen an Beſoldung, Wartegeld oder Emolumenten, nicht aber auch von Penſionen, und als eine ſolche ſind die erwähnten 61 Thlr. 20 Ngr. —₰ nach der angezogenen Beſcheinigung zu betrachten, indem der in letzterer gebrauchte Beiſatz „bis zu etwaiger Wiederanſtellung" in der Beurtheilung der Natur dieſes Gnadenbezugs etwas nicht ändern kann. — Demnächſt aber leidet das angezogene Mandat auch nicht auf ſolche Perſonen Anwendung, die nicht zu dem königlichen Hofetat gehören, und ließe ſich daher auch der fragliche Gnadenbezug als ein Wartegeld anſehen, ſo würde doch immer dem Impetranten, als ehemaligen prinzlichen Vorreiter, die Beſtimmung in §. 1. des angezogenen Geſetzes nicht zu Statten kommen.

Wenn ferner derſelbe die Freigebung von zwei Drittheilen des Geſammtbetrags ſeiner Gnadenbezüge um deswillen verlangen zu können glaubt, weil er die Competenzwohlthat für ſich in Anſpruch nimmt, ſo erhält er gegenwärtig dadurch, daß ihm die Gratification überlaſſen wird, ſchon an ſich die erforderlichen Suſtentationsgelder. Auf ein Mehreres aber hat er ſchon um deswillen keinen Anſpruch, weil die von ihm wiederholt aufgeſtellte Behauptung, daß er nur durch Unglücksfälle in ſeine dermalige Inſolvenz verſetzt worden ſei, durch diejenigen Acten, auf welche er ſich zur Bewahrheitung ſeines diesfallſigen Anführens Bl. — berufen hat, keineswegs nachgewieſen wird, und bereits hiernach, und ganz abgeſehen von der Frage, ob nicht derjenige Cridar, welcher die Competenzwohlthat beanſpruchen will, ſeinen Gläubigern wenigſtens 50 Procent ihrer Forderungen müßte gewähren können, ein genügender Grund, dem Impetranten das fragliche Beneficium zuzugeſtehen, nicht vorliegt."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 13.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 22.

1. Die Leipziger Kramer sind zum Verkauf von Branntwein in Quantitäten unter einer Dresdener Kanne nicht befugt. — 2. Anzeigen über Contraventionen gegen das Generale vom 21. Juni 1793 und das Mandat vom 5. Januar 1826 sind nicht im Administrativjustizprocesse, sondern als Polizeistrafsachen zu behandeln. — 3. Die vor Abgang der Berichte zu den Acten nicht liquidirten Gerichtskosten sind auch in Verwaltungssachen nach dem Mandate vom 25. Juni 1825 zu beurtheilen. — 4. Verbindlichkeit zur Kostenerstattung in Verwaltungssachen.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. F. in L.

Im Februar 1850 machten mehrere zu Leipzig ansässige Branntweinbrenner und concessionirte Schänken gegen mehrere ebendaselbst etablirte Kramer und Destillateurs bei dasigem Stadtrathe Anzeige wegen des von denselben gegen die Vorschriften des Generalis vom 21. Juni 1793 und des Mandates vom 5. Januar 1826 betriebenen Verkaufs von Branntwein in Quantitäten unter einer Dresdener Meßkanne, sowie der Verabreichung desselben zum sofortigen Genusse an Ort und Stelle.

Der Stadtrath zog die Beanzeigten zur Untersuchung und gab, nachdem die Kramerinnung zur Wahrung ihres angeblichen Rechtes des Verkaufs von Branntwein in Quantitäten unter einer Dresdener Kanne intervenirend aufgetreten war, unterm 14. Mai 1850 folgenden Bescheid:

„Da die Kramer N. N. eingeräumt, daß sie gegen Bezahlung Branntwein zum sofortigen Genusse in ihren Verkaufslokalien verabreicht haben, nicht weniger von den Destillateuren N. N. zugestanden worden ist, und zwar von Ersterem, daß er Branntwein unter einer Dresdener Kanne verkauft, von Letzterem dagegen, daß er dasselbe gethan, zugleich aber auch Branntwein zum sofortigen Genusse in seinem Betriebslokale verabreicht habe, so haben diese sämmtliche Personen einer durch das, was sie zu ihrer Entschuldigung dabei vorgebracht, in keiner Weise gerechtfertigten Uebertretung der Bekanntmachung d. d. Leipzig, den 8. September 1849 sich schuldig gemacht, und sind deshalb in Gemäßheit der Schlußbestimmung sothaner Bekanntmachung, und zwar ein Jeder von ihnen mit fünf Thalern —, —, in Strafe zu nehmen und die aufgelaufenen Kosten, so viel deren ein Jeder veranlaßt hat, zu bezahlen, nicht weniger die liquidirten Extrajudicialien zu erstatten schuldig.

Dagegen ist wider die Kramer N. N., da das von den Denuncianten ihnen beigemessene, von ihnen aber in Abrede gestellte Ungebührniß des Ausschenkens von Branntwein von Erstern nicht nachgewiesen worden ist, der Verkauf von Branntwein aber, und zwar selbst in den kleinsten Quantitäten, allerdings zu den Befugnissen der Mitglieder der hiesigen Kramerinnung gehört, Etwas weiter nicht vorzunehmen und sind die ihretwegen verursachten Kosten von den Denunciaten zu bezahlen."

Die Denuncianten ergriffen hiergegen Recurs. Dieser wurde den Denunciaten vom Stadtrathe zugefertigt, ihnen auch eine vierzehntägige Frist zur Refutation bewilligt, worauf die Sache an die Königl. Kreisdirection zu Leipzig devolvirt und

von derſelben in folgender Maaße unterm 21. Auguſt 1850 entſchieden wurde:

„Die Königliche Kreisdirection hat nach angehörtem Vortrage des vom hieſigen Stadtrathe unterm 6./12. dieſ. Monats erſtatteten Berichts den Bl. — der zurückfolgenden Acten E. B. No. 477./2041. erſichtlichen Strafbeſcheid, inſoweit darin dem Kramer R. wegen Verabreichung von Branntwein gegen Bezahlung zum ſofortigen Genuſſe in ſeinem Verkaufslokale eine Strafe von Fünf Thalern zuerkannt und derſelbe zu antheiliger Abſtattung der Koſten verurtheilt worden iſt, des von ermeldetem R. dagegen Bl. — eingewendeten Recurſes ungeachtet, in zweiter Inſtanz hiermit beſtätigt, und iſt auch R. die in letzterer entſtandenen Koſten zu bezahlen verbunden, denn da R. Bl. — und — des in ſeinem Lokale bisweilen ſtattgefundenen Verkaufs von Branntwein zum ſofortigen Genuſſe hinreichend geſtändig geweſen iſt, auch zu Unterſtützung des eingewendeten Rechtsmittels etwas nicht angeführt hat, ſo erſcheint der angefochtene Strafbeſcheid um ſo mehr gerechtfertigt, als ohnedies die Frage erhoben werden könnte, ob nicht R., da derſelbe zum Schank nicht berechtigt iſt, eigentlich in die durch das Generale vom 21. Juni 1793 und durch das Mandat vom 5. Januar 1826 auf das unbefugte Branntweinſchänken geſetzte Strafe von 20 Thlrn. —⁄— zu nehmen geweſen wäre.

An den Stadtrath ergehet hierdurch Verordnung, gedachtem R. dieſe Entſcheidung, gegen welche ein weiterer Recurs geſetzlich nicht zuläſſig iſt, legal zu publiciren und das weiter Erforderliche zu beſorgen.

Was dagegen den in denſelben Acten von mehrern hieſigen Branntweinbrennern und Schänkwirthen geſtellten Antrag auf ein Verbot an die Kramer gegen den Verkauf des Branntweins unter Einer Dresdener Kanne und den von ihnen gegen den Theil des Beſcheides Bl. —, durch welchen den hieſigen Kramern das Befugniß zum Verkauf des Branntweins in den kleinſten Quantitäten zuerkannt und den Denuncianten die Bezahlung der Koſten auferlegt worden, Bl. — eingewendeten Recurs ſammt Intervention der Kramerinnung Bl. — flg. anlangt, ſo befindet die Königliche Kreisdirection zunächſt in formeller Hinſicht, daß dieſe Angelegenheit nicht in dem für ſtreitige Verwaltungsſachen vorgeſchriebenen Verfahren fortzuſtellen, ſondern, ſoweit dieſelbe die in dem Beſcheid Bl. — genannten Kramer R. und dreizehn Genoſſen betrifft, ebenfalls als Polizeiſtraffache zu behandeln, der Kramerinnung gegenüber aber im reinen Verwaltungswege zu erledigen ſei, und entſcheidet hierauf, daß den Kramern R. R. und Genoſſen allerdings der Verkauf des Branntweins unter Einer Dresdner Kanne bei Strafe zu verbieten, dieſelben auch die in der Sache erwachſenen Koſten unter Verſchonung der Denuncianten mit ſolchen antheilig zu bezahlen verbunden.

Und iſt endlich die Kramerinnung ſelbſt mit ihrer Intervention und dem für die Mitglieder derſelben erhobenen Anſpruch auf das Befugniß zum Verkauf von Branntwein auch in den kleinſten Quantitäten abzuweiſen.

Denn wenn auch die Branntweinbrenner und Schänkwirthe R. und Genoſſen in ihrem eigenen Intereſſe gegen die Kramer denuncirt haben, ſo bezieht ſich doch dieſe Denunciation auf eine Contravention gegen das in dem Generale vom 21. Juni 1793 und dem Mandate vom 5. Januar 1826 rückſichtlich des Branntweinverkaufs unter einer Dresdner Kanne ausgeſprochene Verbot, welches als gewerbspolizeiliche Vorſchrift Amtswegen zu handhaben und rückſichtlich deſſen daher eine Execution nur dem Staate, mithin den Behörden gegenüber geltend zu machen iſt. Ein Parteienverhältniß im Sinne §. 1. des Geſetzes vom 30. Januar 1835. sub D. aber findet zwiſchen R. und Genoſſen und den denuncirten Kramern eben ſo wenig, wie zwiſchen den erſteren und der Kramerinnung ſtatt, vielmehr erſcheint die Sache den Kramern R. und Genoſſen gegenüber lediglich als Polizeiſtrafangelegenheit, in Beziehung auf die Innung ſelbſt aber als Beſchwerdeſache, mithin als reine Verwaltungsangelegenheit.

Wenn ſich nun in materieller Hinſicht die Kramer, unter Hinzutritt der Kramerinnung, darauf berufen haben, daß ihnen der Verkauf des Branntweins in beliebigen Quantitäten, auf Grund der Kramerordnung, zuſtehe, ſo geht zunächſt ein ſolches aus dieſer keineswegs mit Beſtimmtheit hervor, und ſelbſt wenn eine ſolche Vergünſtigung in derſelben enthalten wäre, ſo würde doch dieſe ausnahmsweiſe Bevorzugung durch die ganz allgemeinen Beſtimmungen der neueren Geſetzgebung des mehrerwähnten Generale und Mandats als aufgehoben anzuſehen ſein, da durch ortsobrigkeitliche Verfügungen, wie die Bl. — erſichtliche Bekanntmachung des hieſigen Stadtraths, allgemeine landesgeſetzliche Vorſchriften nicht alterirt werden können.

Unter dieſen Umſtänden war daher, unter theilweiſer Wiederaufhebung der vorigen Entſcheidung, auf Verbot wider die Kramer R. und Genoſſen, unter Verurtheilung derſelben in die durch die wider ſie erhobene Denunciation antheilig verurſachten Koſten, wie geſchehen zu erkennen. ꝛc.

Im Uebrigen wird der Stadtrath hierdurch veranlaßt, darüber, aus welchen Gründen er den zum Schank nicht Berechtigten den Schank des Brannt-

weins in der Bekanntmachung Bl. — nur bei 5 Thalern Strafe verboten, und nicht vielmehr hierbei die Bestimmungen des Generale von 1793 und des Mandats von 1826 zu Grunde gelegt hat, alsbald Bericht Anher zu erstatten.

Auf dagegen von den Denunciaten eingewendeten, vom Stadtrathe wieder im Wege des Administrativprocesses verhandelten Recurs ertheilte das K. Ministerium des Innern unterm 4. April 1851 nachstehende Verordnung:

„Das Ministerium des Innern hat, nachdem Es sich in Gemäßheit von §. 18. des Gesetzes vom 30. Januar 1835 sub D. collegialisch constituirt, auf den Vortrag der Kreisdirection zu Leipzig vom 11. Januar dieses Jahres, die Recurse der Kramerinnung zu Leipzig und der dasigen Kramer N. und Genossen Bl. — und — der nebst einem Bericht anbei zurückfolgenden Rathsacten No. 477/2041, in soweit diese Rechtsmittel theils gegen den Ausspruch der gedachten Kreisdirection Bl. —, daß die in jenen Acten verhandelte, den Verkauf des Branntweins unter Einer Kanne betreffende Angelegenheit nicht in dem für streitige Verwaltungssachen vorgeschriebenen Verfahren fortzustellen, sondern, soweit dieselbe die in dem Bescheide Bl. — genannten Kramer N. und dreizehn Genossen betrifft, als Polizeistrafsache zu behandeln, der Kramerinnung gegenüber aber im reinen Verwaltungswege zu erledigen sei, theils dagegen gerichtet ist, daß in der Polizeistrafsache gegen die wegen des Einzelnverkaufs des Branntweins unter einer Dresdner Kanne von den Schänkwirthen N. und Gen. denuncirten Kramer N. und Cons. von der Kreisdirection Bl. — in zweiter Instanz erkannt worden, daß diese letzteren die in der Sache erwachsenen Kosten, unter Verschonung der Denuncianten mit solchen, zu bezahlen verbunden seien, beziehentlich verworfen und für unstatthaft befunden; auch sind die Recurrenten die durch ihre Rechtsmittel fernerweit verursachten Kosten abzustatten schuldig.

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen:

Was zuvörderst die formelle Behandlung der vorliegenden Angelegenheit betrifft, so haben die Denuncianten N. und Gen. ihre Beschwerde darüber, daß verschiedene Kramer und Destillateure in Leipzig den Branntwein unter einer Dresdner Kanne verkaufen, auf die allgemeinen Landesgesetze, nämlich auf das Generale vom 21. Juni 1793 und auf das Mandat vom 5. Januar 1826, Bl. — gegründet, und Bl. — beantragt, daß die namhaft gemachten Contravenienten demnach zur Untersuchung und Bestrafung gezogen werden möchten.

Eine solche Anzeige über Zuwiderhandlungen gegen allgemeine Landesgesetze an die Obrigkeit zu bringen, ist nicht nur Jedermann befugt, sondern es sind auch die Obrigkeiten schon von Amtswegen verpflichtet, über die Beobachtung der Landesgesetze zu wachen und gegen desfallsige Contraventionen einzuschreiten.

Die Denuncianten haben daher nicht besondere, ihnen vermöge eines speciellen Rechtstitels oder aus einem sonstigen speciellen Grunde zustehende Gerechtsame gegen die Denunciaten geltend zu machen gesucht, sondern blos von dem allgemeinen Befugnisse, gegen Contraventionen der obigen Art zu denunciren, Gebrauch gemacht. Sie erscheinen demnach nicht als Partei im Sinne von §. 1. des Gesetzes vom 30. Januar 1835. sub D.; ihr Anbringen ist vielmehr im Wege des Polizeistrafverfahrens zur Erledigung zu bringen.

Wollte man von einer entgegengesetzten Ansicht, wie es die Recurrenten verlangen, ausgehen, so würde daraus folgen, daß keine Obrigkeit gegen die Uebertreter polizeilicher Strafgesetze Amtshalber einschreiten dürfte, sondern allemal vorerst die Beschwerde oder den Antrag einer betheiligten Partei abzuwarten hätte, was mit der bestehenden Verfassung offenbar im Widerspruche stehen würde.

Auch wird dadurch, daß die Denunciaten N. und Gen. bei ihrer Vernehmung sich auf ein ihnen als Kramer, vermöge der Leipziger Kramerordnung, angeblich zustehendes Recht zum Verkaufe des Branntweins im Einzelnen bezogen haben, die fragliche, an und für sich als Polizeistrafsache zu betrachtende Angelegenheit nicht in eine streitige Verwaltungssache umgewandelt, vielmehr hat der erkennende Administrativrichter nur zu ermessen, ob und in wie weit bei dem Straferkenntnisse auf einen solchen Einwand zu Gunsten der Denunciaten Rücksicht zu nehmen, oder ob das Straferkenntniß bis zur vorher zu erledigenden Entscheidung über einen solchen Einwand auszusetzen sei.

Aus den vorstehend angegebenen Gründen ist nun aber auch die Intervention der Kramerinnung zu Leipzig, insofern diese auf Grund der Kramerordnung und sonst den oberwähnten Landesgesetzen gegenüber ein Befugniß zum Einzelnverkauf des Branntweins unter einer Dresdner Kanne in Anspruch nimmt, nicht als Administrativjustiz-, sondern als eine Verwaltungssache zu behandeln, da die Denuncianten auch der Kramerinnung gegenüber nicht als Partei erscheinen.

Anlangend hiernächst den Recurs der Denunciaten N. und Cons., in soweit derselbe gegen ihre Verurtheilung in zweiter Instanz zu Abstattung der

erwachsenen Kosten gerichtet ist, so ist derselbe nach §. 38. des Gesetzes vom 30. Januar 1835. sub D. nicht für statthaft zu erachten gewesen, indem die Verordnung des Justizministeriums vom 8. Januar 1838. (Gesetz- und Verordnungsblatt von diesem Jahre, pag. 32.), da sie blos vom Recurse des Denuncianten gegen die zweite Entscheidung spricht, auf den vorliegenden Fall keine analoge Anwendnng leidet.

Die Verurtheilung der Recurrenten in die Bezahlung der neuerlich veranlaßten Kosten rechtfertigt sich durch die Zurückweisung ihrer eingewendeten Rechtsmittel von selbst.

Inserat.

In soweit vorstehender Administrativjustizentscheidung gemäß die in dieser gedachten Differenz in Bezug auf die von der Kreisdirection zu Leipzig Bl. — dahin, daß die Kramerinnung daselbst mit dem für ihre Mitglieder erhobenen Anspruch auf das Befugniß zum Verkaufe des Branntweins unter einer Dresdner Kanne abzuweisen sei, ertheilte Entscheidung im reinen Verwaltungswege zu erledigen ist, hat das Ministerium des Innern diese Entscheidung, unter Verwerfung des von der Kramerinnung Bl. — dagegen eingelegten Recurses, bestätigt, und zwar theils aus den von der Kreisdirection geltend gemachten, theils aus folgenden Gründen:

Die Kramerinnung beruft sich zu Unterstützung ihres Anspruchs in der Hauptsache theils darauf, daß, nach der ihr ertheilten Kramerordnung und nach dem Anhange zu dieser, ihren Mitgliedern das ausschließende Recht zum Verkaufe des Branntweins im Ganzen wie im Einzelnen zustehe, und daß auch der Stadtrath zu Leipzig dies in der Bl. — ersichtlichen Bekanntmachung anerkannt und zeither diesem Verkaufe im Einzelnen ein Hinderniß nicht in den Weg gelegt habe, theils darauf, daß den Schänkwirthen der Verkauf des Branntweins über die Gasse nicht gestattet sei.

Allein weder auf den einen, noch auf den andern Einwand hat ein entscheidendes Gewicht gelegt werden können. Denn die letztere Behauptung ist wenigstens in der Allgemeinheit unrichtig, da das Recht, Bier und Branntwein über die Gasse zu verkaufen, nach den zeither befolgten Grundsätzen als ein Ausfluß des Schänkbefugnisses anzusehen ist, eine durch ein etwa entgegenstehendes Verbietungsrecht bedingte Ausnahme aber besonders zu erweisen sein würde.

Eben so wenig kann sich aber die Kramerinnung, gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen der Generalverordnung, das Brennen und Schänken des Branntweins betreffend, vom 21. Juni 1793 und des Mandats, die Ausübung des Branntweinbrennens betreffend, vom 5. Januar 1826, auf die ihr durch die Kramerordnung ertheilten Befugnisse und darauf beziehen, daß ihre Mitglieder am Einzelnverkauf von Branntwein zeither nicht behindert worden seien.

Denn nach diesen Gesetzen, wie sie zeither zur Anwendung gekommen sind, ist der Verkauf des Branntweins unter einer Dresdener Kanne, aus allgemeinen polizeilichen Gründen, nur denen gestattet, welche zu Ausübung des Schanks befugt sind.

So wie nun aber jeder zum Handel Berechtigte den in Bezug auf gewisse Gegenstände dieses Handels aus polizeilichen Gründen gesetzlich bestehenden Beschränkungen sich zu unterwerfen hat, so kann auch die Kramerinnung zu Leipzig auf den Grund der Kramerordnung eine Ausnahme von dieser Regel nicht in Anspruch nehmen, da ihr durch diese kein weiteres Recht zugestanden worden ist, als das Befugniß ihrer Mitglieder, Andere vom Handel mit gewissen Gegenständen auszuschließen, hieraus aber für sie selbst keine Exemtion von denjenigen beschränkenden Bestimmungen gefolgert werden kann, welche den Einzelverkauf gewisser Handelsartikel überhaupt oder doch unter bestimmten Quantitäten herab verbieten.

Wenn aber der Stadtrath zu Leipzig jene polizeilichen Vorschriften, Bl. — vergl. mit Bl. —, zeither nicht zur Anwendung gebracht hat, so leuchtet von selbst ein, daß diese hierdurch ihre gesetzliche Kraft nicht verlieren können.

Die Kramerinnung ist daher mit dem Eingangs gedachten Recurse abzuweisen und zu Abstattung der durch denselben erwachsenen Kosten anzuhalten." —

Da die Denunciaten und Intervenienten in zweiter und dritter Instanz zur Bezahlung, resp. zur Abstattung der durch ihre Rechtsmittel fernerweit erwachsenen Unkosten verurtheilt und durch das von dem Stadtrathe zu Leipzig eingeleitete Refutationsverfahren den Denuncianten Extrajudicialien erwachsen waren, verlangten letztere deren Restitution von den Denunciaten, welche den Ersatz jedoch verweigerten, ingleichen die Restitution derjenigen Kosten Seiten des Stadtrathes, welche dieser, ohne vor dem Abgang des Berichtes liquidirt zu haben, den Denuncianten abverlangt und von ihnen erhoben hatte.

Dieses Gesuch wurde beim K. Ministerium unmittelbar angebracht. Hochdasselbe ließ sich von der Königlichen Kreisdirection zu Leipzig hierüber Vor-

trag erstatten, und letztere verordnete im Einverständnisse mit dem Ministerium des Innern unterm 26. April 1852, daß 1) ein Anspruch auf Erstattung der sämmtlichen Extrajudicialien unzulässig sei, a) weil in der vorliegenden Angelegenheit, als einer reinen Verwaltungssache, es nur einer einfachen mündlichen Anzeige, nicht aber der Beihülfe eines Advokaten bedürfe; b) in der diesfallsigen Verordnung nur auf Abstattung, nicht aber auch zugleich auf Erstattung der Kosten gesprochen worden; c) wenn auch Denuncianten durch das unrichtige Verfahren des Stadtrathes die Beanspruchung advokatorischen Beistandes nöthig geworden sei, doch ein unrichtiges Verfahren Seiten einer Behörde keinen Grund abgeben könne, die Denunciaten in Bezahlung eines Mehrern, als ihnen nach Lage der Sache angesonnen werden kann, zu verurtheilen; dagegen 2) die Bezahlung des Theiles der gegnerischen Extrajudicialien, welche in erster Instanz rechtskräftig ausgesprochen, allerdings zu beanspruchen sei, obgleich auch sie nur reine Verwaltungssachen beträfen; 3) daß dem Antrage der Beschwerdeführer gemäß diesen die Bl. — der Acten verzeichneten, auf die Bl. — ersichtliche Bedeutung von ihnen abgeführten Kosten vom Stadtrathe zu restituiren seien, da dieser die fraglichen Kosten vor dem Abgange des Bl. — im Concepte ersichtlichen Berichtes zu den Acten oder auf das Mundum des ersteren zu liquidiren unterlassen habe, und er daher derselben nach dem Mandate vom 25. Juni 1825, und zwar, ohne daß es deshalb eines besonderen Ausspruches der Oberbehörden bedurfte, für verlustig zu achten, und nicht befugt gewesen, dieselben nachträglich zu liquidiren und den Antragstellern zur Berichtigung anzusinnen.

---

## 23.

**Die durch die Verordnung vom 14ten Januar 1842 vorgeschriebene Prüfung der Bauhandwerker hat ohne Rücksicht darauf, ob der Meisterrechtscandidat sich in einer großen oder kleinen Stadt oder auf dem Lande niederzulassen gedenkt, vielmehr lediglich vom Standpunkte der allgemeinen technischen Ausbildung zu erfolgen.**

Mitgetheilt von

Herrn D. P. in D.

Ueber diese Frage hat sich das K. Gesammtministerium in der nachstehenden Verordnung vom Monat November 1853 ausgesprochen:

„Das Ministerium des Innern hatte im Jahre 1839 dem Gesammtministerium die Grundzüge für das Institut von Prüfungscommissionen für Bauhandwerker mitgetheilt.

Unter ihnen war namentlich, nach vielfachen Erörterungen und Erwägungen hierüber, der Satz aufgenommen worden, daß ein Unterschied in den Prüfungen, je nachdem der zu Prüfende sich in einer großen, mittleren oder kleineren Stadt oder auf dem Lande niederzulassen gedenke, nicht stattfinden sollte.

Das Gesammtministerium erklärte sich hiermit, sowie überhaupt mit den ihm vorgelegten Grundzügen unter Allerhöchster Genehmigung einverstanden, und es ging aus ihnen, nach vernommenem Beirathe der Stände, die Verordnung vom 14ten Januar 1842 hervor.

Diese erklärt §. 1., daß von ihrem Erscheinen an die Meisterprüfungen bei den Maurer- und Zimmerinnungen in der bisher üblich gewesenen Weise aufhören und diejenigen, welche bei einer dieser Innungen künftig das Meisterrecht gewinnen wollen, sich über ihre Befähigung dazu in der §. 2. ff. bestimmten Maaße ausweisen sollen, ferner §. 2., daß Prüfungscommissionen an den darin benannten Orten für die dabei bemerkten Landestheile zu errichten seien, bezeichnet in den §. 3—9. deren Wirkungskreis, sowie die Modalität der Prüfungen und spricht §. 11. aus, daß die Ertheilung des Meisterrechts, welches nach wie vor als die Bedingung des selbstständigen Gewerbsbetriebs und der Uebernahme von Bauen anzusehen sei, der betreffenden Innung gegen Entrichtung der artikelmäßigen Gebühren für die der Innung nach §. 6. zustehende Beaufsichtigung der Probearbeiten und der in den Specialartikeln bestimmten Meisterrechtsgebühren verbleibe.

Diese Verordnung kennt nur eine Prüfung für alle Baugewerke des ganzen Landes und dem zu Folge auch keine anderweite Prüfung für diejenigen Meister, welche sich vom Lande oder von kleinen Orten in große Städte wenden.

Der §. 1. hebt die bis zum Erscheinen der Verordnung üblich gewesenen Meisterprüfungen für die Zukunft ausdrücklich auf und setzt damit eben die Bestimmung der Generalartikel vom 8ten Januar 1780. Kap. III. § 11. außer Wirksamkeit.

Die Instruction der Prüfungscommission für Bauhandwerker spricht zwar den Satz aus, daß die Prüfungscommissionen für jetzt die Erwägung des erst kurzen Bestehens der Baugewerksschulen den dermaligen allgemeinen Standpunkt der technischen Ausbildung der Baugewerken in angemessener Weise

zu beachten und nur allmälig ihre Anforderungen zu steigern haben.

Darin aber liegt offenbar für die Prüfungscommissarien nicht die Ermächtigung, die Anforderungen an die Prüfungscandidaten im Einzelnen nach Belieben höher oder niedriger zu stellen, sondern die sehr bestimmte Anweisung, stets den Standpunkt der technischen Ausbildung, wie er im Allgemeinen stattfindet, vor Augen zu behalten.

Wenn ein Geselle bei der Prüfung einen solchen Grad technisch wissenschaftlicher Ausbildung an den Tag legt, daß er zur Ausführung größerer und wichtigerer Baue befähigt erscheint, so ist dies zwar nach §. 8. der Instruction in einem Zusatze zu seiner Censur anzumerken. Allein dadurch erlangt er nur das in §. 15. des Gesetzes vom 9ten October 1840 bestimmte Vorrecht.

Keineswegs dagegen ist vorgeschrieben worden, daß zum Meisterrecht in großen Städten blos diejenigen zuzulassen seien, welche jene Auszeichnung erhielten.

Die §. 3. der Instruction stellt die näheren Vorschriften über die Prüfungsaufgaben auf, ohne dabei einen Unterschied zu machen, je nachdem die zu Prüfenden Willens sind, sich künftig in einer großen oder in einer kleinen Stadt und auf dem Lande niederzulassen.

Namentlich läßt sich die Absicht, eine solche Unterscheidung zu gestatten, nicht in der Vorschrift entdecken, daß bei der Auswahl der Prüfungsaufgaben nach Art und Umfang auf den Ort und die muthmaßlichen Grenzen der Wirksamkeit des Prüfungscandidaten angemessene Rücksicht zu nehmen, und daher insbesondere solchen, die sich auf dem Lande und in kleinen Städten als Meister niederlassen wollen, demnach aber häufig in den Fall kommen werden, landwirthschaftliche Baue zur Ausführung zu übernehmen, vorzugsweise die Ausarbeitung eines Gebäudes aus dem Gebiete der landwirthschaftlichen Baukunde zur Aufgabe zu stellen sei.

Offenbar war hier, wie sich bei einem Rückblick auf die klaren Vorschriften der §§. 1. 3. und 11. der Verordnung vom 14ten Januar 1842 nicht bezweifeln läßt, das Absehen darauf gerichtet, daß unter den verschiedenen möglichen Prüfungsaufgaben eine sowohl hinsichtlich der Art als des Umfanges zweckmäßige Auswahl getroffen, daher vorzugsweise auf solche Baulichkeiten das Augenmerk gerichtet werden soll, welche in dem muthmaaßlichen künftigen Geschäftskreise des zu Prüfenden am häufigsten vorkommen, denn unverkennbar würde es durchaus unangemessen sein, wenn z. B. einem Bauhandwerker, welcher künftig seine Profession auf dem Lande betreiben will, Riß und Anschlag zu einem großen Theaterbaue, oder auch zu landwirthschaftlichen Gebäuden von einer solchen Ausdehnung, wie sie in Sachsen gar nicht gebräuchlich werden können, zur Prüfungsaufgabe gestellt würde.

Gleichwohl hatte die Prüfungscommission für Bauhandwerker in C. jene Stelle der Instruction so aufgefaßt, als ob sie von dem zu Prüfenden ein größeres oder geringeres Maaß von Kenntnissen und Geschicklichkeiten verlangen dürfte, je nachdem er sich in einer großen oder in einer kleinen Stadt, oder auf dem Lande niederzulassen gedenke. Wenn das Ministerium des Innern sie mittelst Verordnung vom 14ten September 1850 hierüber verständigte, so geschah dies ganz im Einklange mit den Vorschriften der Verordnung vom 14ten Januar 1842, mithin im Wege wissenschaftlicher Interpretation, so daß schon deshalb nicht auf §. 86. der Verfassungsurkunde Bezug genommen werden kann.

Indessen darf auch nicht unerwähnt bleiben, daß die Verordnung vom 14ten Januar 1842 nicht dadurch, daß sie nach vorgenommenem Beirathe der Stände erlassen worden ist, den Charakter eines eigentlichen Gesetzes erlangt hat.

Wenn übrigens eine oder die andere Prüfungscommission solchen Baugewerken, welche sich in kleinen Städten oder auf dem Lande niederzulassen gedachten, in Folge irrthümlicher Auffassung der Instruction minder schwierige Prüfungsaufgaben vorgelegt hätte, so würde dies doch noch immer keinen Grund darbieten, denjenigen, welche die Prüfung glücklich bestanden haben, die dadurch erlangten Rechte zu entziehen oder zu schmälern.

Sollte sich herausstellen, daß das Publikum durch Uebersiedelung von Bauhandwerkern aus kleinen Städten oder vom Lande in große Städte gefährdet werde, so würde dies freilich zu der Erwägung Anlaß geben können, ob die Verordnung vom 14ten Januar 1842 einer Abänderung bedürfe.

So lange aber dieselbe besteht, kann S. beanspruchen, daß er nach den Vorschriften derselben beurtheilt werde."

## 24.

**Der Cavent kann gegen die von ihm geſtellte Caution diejenigen Anſprüche compenſiren, welche gegen ihn aus dem Verhältniſſe, wegen deſſen er cavirt hatte, erhoben werden*).**

Mitgetheilt von

Herrn G. in D.

Unterm 8. October 1852 reichte L. in Dresden gegen R. daſelbſt eine Klage des Inhalts ein, daß er von dem Beklagten deſſen mit Schankgerechtigkeit verſehene Villa gegen eine Caution von 200 Thlrn. —, —, in einem Staatspapiere unter der Bedingung erpachtet habe, daß der Beklagte dies Staatspapier veräußern könne, dann aber den Erlös ihm nach beendetem Pachte reſtituiren müſſe, vorausgeſetzt, daß er allen Pachtverbindlichkeiten nachgekommen ſei. Nun habe der Beklagte die Villa verkauft, er ſei vom neuen Beſitzer herausgeſetzt worden und fordere jetzt den Reſt der Caution zurück, indem er dem Beklagten vom Erlöſe des Staatspapiers hiermit ſoviel abtrete, als Pacht rückſtändig ſei (nämlich 114 Thlr. 23 Ngr. 7½ Pf.). Allen Pachtverbindlichkeiten ſei er nachgekommen.

Dagegen bemerkte der Beklagte mit Bezugnahme auf das Wochenblatt Jahrg. 1851. Nr. 94. S. 408, daß die Caution erſt gefordert werden könne, wenn der Cavent allen Anſprüchen, wegen welcher ſie beſtellt worden, genügt habe. Außerdem ſei das Staatspapier für 168 Thlr. —, — veräußert worden; ſchließlich erhob er verſchiedene Schädenanſprüche aus dem Pachtverhältniſſe.

Das Königl. Stadtgericht zu Dresden wies hierauf die Klage in folgendem Beſcheide in der angebrachten Maaße ab:

„Und weil hiernächſt, ſoviel die Hauptſache anlangt, Pachtcautionen vom Pachter nicht eher zurückgefordert werden können, bis er ſämmtlichen, ihm dem Verpachter gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten nachgekommen, dies aber in dem vorliegenden Falle um ſo weniger anzunehmen iſt, als, ſelbſt wenn man die keineswegs unzweifelhafte Frage, ob Kläger wegen der geſtändigermaaßen noch ſchuldigen Pachtgelder mit der in Beklagtens Händen befindlichen Caution ſofort compenſiren dürfe, zu Gunſten des Klägers entſcheiden wollte, der Beklagte doch noch verſchiedene andere Anſprüche an den Kläger erhoben hat, welche von Letzterem in Abrede geſtellt worden ſind, ſo hat des Klägers Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, er iſt auch die in dieſem Proceſſe erwachſenen Koſten dem Beklagten ab- und zu erſtatten ſchuldig.“

Dagegen appellirte der Beklagte, und es erkannte nunmehr das Königl. Appellationsgericht zu Dresden am 25. Juni 1853 wie folgt:

„Daß es bei dem am 31. Januar 1853 eröffneten Beſcheide Bl. — bis auf dasjenige, was darin des von dem Kläger gebetenen Armenrechts halber erkannt worden iſt, nicht zu laſſen, ſondern würde Beklagter ſein exceptiviſches Vorbringen unter 3. 4. und 5. Bl. — flg. binnen Sächſiſcher Friſt, Klägerm den Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewiſſensrührung und andere Rechtszuſtändigkeiten vorbehältlich, beweiſen, ſo ergehet in der Hauptſache und der Koſten halber ferner, was Recht iſt.

Die durch das eingewendete Rechtsmittel verurſachten Koſten werden unter den Parteien gegen einander aufgehoben.“

Die Gründe dieſer Entſcheidung ſind folgende:

„Der Kläger fordert nicht unbedingt den als Pachtcaution ſeinem Verpachter überlaſſenen Steuercreditcaſſenſchein nach deſſen Nominalhöhe von 200 Thalern zurück; er will ſich vielmehr

1) eventuell mit dem aus dieſem Papiere erhaltenen Erlöſe, wenn dieſer annoch beſcheinigt worden iſt, begnügen, und

2) das aus der Beſitzzeit des Beklagten ſchuldig verbliebene Pachtgeld von 114 Thlrn. 23 Ngr. 7½ Pf. vom Courswerthe, oder eventuell von dem Erlöſe ſich kürzen laſſen.

Allerdings iſt, wie auch in dem vorliegenden Falle der §. 3. des angezogenen Pachtvertrags vom 1. Februar 1849, über deſſen Inhalt Einverſtändniß unter den Parteien herrſcht, Bl. — ausdrücklich beſtimmt, die Pachtcaution „zu mehrerer Sicherſtellung“ des Verpachters beſtellt worden, und hat derſelbe dieſe Caution nur erſt nach einſtiger Endigung des Pachtcontracts und erfolgter Wiederübergabe der verpachteten Localitäten und zugehörigen Inventarienſtücke in ſolcher Maaße, daß ihm irgend einige Anforderungen oder Schädenanſprüche aus dem Pachte nicht verbleiben oder zuſtändig ſind, auszuhändigen.

Zur Deckung dieſer „Anforderungen“ oder „Schädenanſprüche“, ſoweit ſolche aus dem Pachtverhältniſſe der Parteien herrühren, iſt mithin die Caution beſtellt worden. Dieſe Deckung aber wird erreicht und der Verpachter klaglos geſtellt, ſobald er ſeine auf Zugeſtändniß oder rechtskräftige Entſcheidung beruhenden Anſprüche von dieſer Caution kürzen kann und darf; — und wenn es daher im Allgemeinen auch anzunehmen iſt,

*) Siehe Wochenblatt Jahrg. 1851. Nr. 94. S. 408.

daß die Pachtcaution nicht eher zurück gefordert werden könne, bis der Pachter allen seinen Obliegenheiten Genüge geleistet,

so folgt daraus doch nicht, daß, wenn es sich um gewisse, nach Geldeswerth bestimmte Leistungen handelt, der Pachter erst diese Geldsummen aufzählen müsse und dann erst seine im Falle dieser Leistung gleichfalls ohne Weiteres für fällig und zahlbar zu achtende, liquide Cautionsforderung geltend machen dürfe. Die Kürzung von der Pachtcaution setzt hier nur voraus, daß diese nicht noch für andere Verbindlichkeiten des Pachters haftet, und es würde außer diesem Falle eine nicht zu rechtfertigende Härte sein und dem Grundsatze, daß eine liquide Gegenforderung von dem Momente an, wo sie fällig wird, compensirt werden kann, widersprechen, wenn man eine solche Kürzung nicht gestatten wollte.

Der Beklagte räumt in der Anmerkung zum — Einlassungspunkt Bl. — die erfolgte Rückgabe des Grundstücks, in der Anmerkung zum — Einlassungspunkt die des Inventars ein, und wenn er hier auch, daß bei dieser Uebergabe sich Mängel gefunden hätten, excipirt, so hat er doch weder in der — Einrede Bl. — flg., noch sonst diese Mängel speciell angegeben." ꝛc.

---

## Miscellen.

**Ernennungen, Anstellungen ꝛc.** Se. Königliche Majestät haben den außerordentlichen Beisitzer des evangelischen Landes-Consistoriums, Superintendenten Dr. Christian Gottlob Leberecht Großmann zu Leipzig und den ordentlichen Professor der Theologie daselbst, Dr. Theodor Albert Liebner, welcher von den in Evangelicis beauftragten Staatsministern zum zweiten außerordentlichen Beisitzer des Landes-Consistoriums berufen worden, zu Consistorialräthen zu ernennen geruhet.

Se. Königliche Majestät haben dem zeitherigen Actuar beim Justizamte Grimma,

Kurt Alexander Hänel,

die Stelle des Justitiars bei dem königlichen Gericht zu Markranstädt zu übertragen gnädigst geruhet.

Se. Königliche Majestät haben den zeitherigen Hülfsrath beim Appellationsgericht zu Dresden,

Commissionsrath Karl Gottlob Voigt,

mit Belassung des nach der Verordnung vom 16. December 1848 (Gesetz- und Verordnungs-Blatt v. J. 1848, S. 357) ihm ertheilten, auch auf die Untergerichte in den Bezirken der übrigen Appellationsgerichte sich erstreckenden Auftrags, und den zeitherigen ersten Assessor des Appellationsgerichts zu Dresden,

Paul Otto,

unter Ernennung zu Appellationsräthen, beim Appellationsgericht zu Dresden fernerweit anzustellen, auch den vorherigen Actuar im Justizamte Grimma,

Karl Georg Franz Gustav Marezoll,

zum Hülfsassessor bei dem Appellationsgericht zu Leipzig zu ernennen gnädigst geruhet.

Se. Königliche Majestät haben den Accessisten bei der Kreisdirection zu Zwickau,

Otto Georg Grafen zu Münster,

zum Referendar zu ernennen geruhet.

Se. Königliche Majestät haben in Rücksicht auf die bei den neuerlich errichteten königlichen Untergerichten mit collegialer Verfassung getroffene Einrichtung, wonach die mit dem Director das collegiale Gericht bildenden Mitglieder den Namen „Gerichtsräthe" führen, den bei den nachgenannten älteren Landgerichten angestellten Assessoren

a) beim Landgericht Budissin
den Assessoren
Karl Gustav Bach, Heinrich Pechmann und Franz Hugo Seifert,

b) beim Landgericht Eibenstock
den Assessoren
Friedrich Wilhelm Kunze, Paul Clemens Grohmann und Gustav Wilhelm Hammer,

c) beim Landgericht Kirchberg
den Assessoren
Karl Haupt, Friedrich Moritz Weinhold und Ernst Karl Schumann,

d) beim Landgericht Löbau
den Assessoren
Karl Traugott Schmidtgen, Karl Ludwig Schmalz, Moritz Freiherr von Wagner und Alexander Eduard von Mücke,

e) beim Landgericht Oschatz
den Assessoren
Johann Karl Ferdinand Schier, Eduard Hartenstein und Karl Gustav Schmieder, endlich

f) beim Landgericht Wurzen
den Assessoren
Gustav Eduard Bernhardi, August Eduard Robert Lengnick und Kurt Konstantin Bielitz —

da diese Assessoren die nehmlichen Obliegenheiten zu erfüllen haben, wie die obengedachten Mitglieder der neueren Collegial-Untergerichte, den Titel von „Gerichtsräthen" ebenfalls zu verleihen gnädigst geruhet.

---

**Orden.** Se. Königliche Majestät haben zu genehmigen geruhet, daß der Kreisdirector zu Budissin, Eduard von Könneritz, den von Sr. Majestät dem Kaiser von Oesterreich ihm verliehenen Orden der eisernen Krone II. Classe annehme und trage.

---

**Todesfälle.** Gestorben: am 19. Januar 1854 der Gerichtsdirector u. Advocat Johann August Menzner zu Kamenz; am 24. Januar 1854 der Bürgermeister Robert Beyer in Freiberg.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 14.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 25.

### Ueber erlöschende Verjährung von Privilegien.

Mitgetheilt von

Herrn M. in X.

Am 8. Juni 1846 brachte Ferdinand H. beim Stadtrathe zu G. an, daß nach Inhalt des übereichten Lehnbriefs auf der Papiermühle zu K. ein Privilegium hafte, kraft dessen innerhalb fünf Meilen Wegs von derselben an, rings umher zu rechnen und auszumessen, keine andere neue Papiermühle solle erbauet, angerichtet, noch verstattet werden. Diese Papiermühle nebst dem gedachten, darauf haftenden Privilegium habe er Inhalts des gleichfalls übereichten Kaufs eigenthümlich erworben. Nichtsdestoweniger sei Christian Friedrich T. in G. mit Errichtung einer Papiermühle daselbst beschäftigt, obschon G. noch nicht volle fünf Meilen Wegs von der Papiermühle zu K. entfernt liege, und er beantrage daher, gedachtem T. die Errichtung und den Betrieb einer Papiermühle in G. bei namhafter Strafe zu untersagen.

Nachdem hierauf der Stadtrath zu G. diesem Antrag gefügt und dem T. die Errichtung und den Betrieb einer Papiermühle in G. bei 20 Thalern —, —, Strafe untersagt, in Folge des von letzterm hiergegen erhobenen Widerspruchs aber von Seiten der K. Kreisdirection zu Leipzig in dieser nach Maaßgabe des Gesetzes D. vom 30. Januar 1835 als Administrativjustizsache zu behandelnden Differenz die Abfassung eines Bescheids nach vorgängigem Introtulationstermine angeordnet worden war, ertheilte der Stadtrath zu G. am 27. November 1846 folgenden Bescheid:

ꝛc. „Da demnächst, anlangend die Hauptsache, aus den von dem Impetranten im Original producirten, Bl. — ff. und Bl. — ff. in beglaubigten Abschriften ersichtlichen Urkunden hervorgeht, daß das von ihm für die Papiermühle zu K. beanspruchte Verbietungsrecht, kraft dessen innerhalb fünf Meilen Wegs von derselben an, rings umher zu rechnen und auszumessen, keine andere, neue Papiermühle soll erbaut, angerichtet, noch verstattet werden, bereits seit dem Jahre 1575 darauf haftet, dieses Privilegium auch unterschiedentlich bestätigt und nachher renovirt und confirmirt worden, wie solches durch den Bl. — ersichtlichen Lehnbrief über K., d. d. D., den 26. Februar 1825, nochmals geschehen, daß ferner der Impetrant, wie solches aus dem Erbvergleiche Bl. — ff. vom 14. December 1838, dem Kaufsvertrage Bl. — ff. von demselben Tage, dem Additionalvertrage zu jenem Erbvergleiche und diesem Kaufsvertrage Bl. — ff. vom 4. Februar 1840 und der Bestätigungsurkunde des Kreisamtes L. über mehrerwähnten Erbvergleich und Kaufsvertrag Bl. —, in Verbindung mit Bl. — bis —, d. d. L., den 31. August 1843, zu ersehen, beliehener Besitzer der Papiermühle zu K. ist, und diese Papiermühle, wie sich dies aus der dem Kaufvertrage unter H. angefügten Beschreibung der Rechte und Gerechtigkeiten derselben Bl. — ff. Act. und der Erwähnung des fraglichen Privilegiums in der Bestätigungsurkunde des Kreisamtes L. Bl. —, insbesondere, daß solches, soviel bekannt, irgend eine Schmälerung oder Aenderung bis dahin nicht erlitten, ergiebt, mit diesem Privilegio erkauft hat; endlich aber es in Notorietät beruht, daß G. innerhalb fünf Meilen Wegs von der Papiermühle zu K., mithin in dem Rayon des ihr zuständigen Verbie-

tungsrechts, liegt; der Impetrat dagegen in seiner Widerlegungsschrift Bl. — ff. etwas, was die Gültigkeit des gedachten Privilegiums entkräften könnte, noch weniger, was die behauptete Erlöschung desselben durch Nichtgebrauch anbelangt, die Fälle, wo dies geschehen, anzuführen vermocht hat; So erscheint der Antrag des Impetraten T., die Errichtung und den Betrieb einer Papiermühle in G. bei Strafe zu verbieten, wohl begründet, und bewendet es daher bei dem an letztern unterm 30. Juni dieses Jahres erlassenen Verbote, weshalb sich derselbe der Errichtung einer Papiermühle in G., soweit solches nicht bereits geschehen, sowie des Betriebes derselben bei 20 Thalern —- —- Strafe für jeden Contraventionsfall zu enthalten hat, auch ist derselbe die durch diese Differenz entstandenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten ab- und rücksichtlich dem Impetranten zu erstatten schuldig."

Auf hiergegen vom Impetraten eingewendeten Recurs entschied die K. Kreisdirection zu Leipzig unterm 19. Februar 1847:

„Daß, was die Hauptsache anlangt, das vorige Erkenntniß zwar zu bestätigen; es bleibt jedoch dem Impetraten die von ihm Bl. — der Acten unter b. vorgeschützte Ausflucht, daß das dem Impetranten zuständige Privilegium durch Nichtgebrauch erloschen sei, binnen sächsischer Frist, bei Verlust derselben und mit Vorbehalt der Gegenbescheinigung für den Impetranten binnen gleicher Frist, zu bescheinigen nachgelassen, als welchenfalls sodann in erster Instanz weiter zu ergehen hat, was Rechtens ist; im Uebrigen aber sind die sowohl in voriger, als in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten, beziehendlich unter Abänderung der vorigen Entscheidung, zwischen den Parteien gegen einander aufzuheben.

Im Wesentlichen hat Man nämlich den bereits der vorigen Entscheidung inserirten Gründen beizupflichten gehabt und nur noch, zugleich zu Widerlegung des von dem Recurrenten neuerdings zu Unterstützung seines Rechtsmittels Vorgebrachten, Folgendes zu bemerken gefunden:

Zuvörderst ist zu Berichtigung der von dem Impetraten in der Deductionsschrift zu seinem Recurse Bl. — flg. aufgestellten Ansicht zu gedenken, daß, gleichwie dem Impetraten Seiten der Königl. Kreisdirection eine besondere Erlaubniß zu der von ihm beabsichtigten Einrichtung einer Papiermühle in der ihm zugehörigen sogenannten Walkmühle zu G., nach klarem Inhalt der Bl. — der Acten befindlichen Verordnung vom 19. November 1845, in keiner Weise ertheilt worden ist, so auch der Impetrat dem von dem Impetranten wider das beregte Unternehmen geltend gemachten Verbietungsrechte gegenüber sich darauf, daß seine angedeutete Absicht zur Kenntniß der vorgesetzten Regierungsbehörde gelangt sei, ohne daß von dieser dagegen eine Ausstellung gemacht worden, um so weniger mit rechtlichem Erfolg zu berufen vermag, als es an sich und im Allgemeinen unzweifelhaft lediglich des Impetraten eigne Sache und Obliegenheit war, sich darüber, ob dem von ihm beabsichtigten Etablissement von anderer Seite her ein besonderes Prohibitivbefugniß entgegenstehe, auf behufige Weise zu erkundigen und Gewißheit zu verschaffen.

Anlangend ferner den Einwand des Impetraten, daß das den Vorbesitzern des Impetranten bewilligte dingliche Privilegium um deswillen gegen ihn keine rechtliche Wirkung äußern könne, weil dasselbe nicht öffentlich bekannt gemacht worden sei, so kann hierauf, abgesehen von dem, was diesfalls bereits von dem Gegentheil Bl. — unter 2. a. entgegengestellt worden ist, schon aus dem Grunde kein Gewicht gelegt werden, weil in Bezug auf die Rechtsgültigkeit selbst eines derartigen Privilegiums die öffentliche Bekanntmachung desselben, in Ermangelung diesfallsiger ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen oder sonst hierunter einschlagender allgemeiner Rechtsgrundsätze, nicht als ein unbedingtes und wesentliches Erforderniß angesehen und folglich auch wegen deren Unterlassung die Anwendung des Privilegiums an und für sich nicht ausgeschlossen werden kann, wie denn namentlich in dieser Hinsicht die entgegengesetzte Annahme aus der von dem Recurrent Bl. — der Acten für sich angezogenen Vorschrift der Bekanntmachung vom 31. Juli 1843, die bei Ertheilung von Erfindungspatenten und Privilegien zu beobachtenden Grundsätze betreffend, um so weniger hergeleitet werden kann, als der letztern eine rückwirkende Kraft auf die Vergangenheit ohnehin nicht beizulegen sein würde.

Soviel demnächst die von dem Recurrenten dem fraglichen Privilegium, rücksichtlich der räumlichen Ausdehnung desselben, gegebene Deutung betrifft, so steht solche mit der klaren Fassung und dem buchstäblichen Sinne der Worte des Privilegiums — vergl. Bl. — der Acten — geradezu in Widerspruch, und gleichwie sich darnach jene Auslegung von selbst als unrichtig widerlegt, so kann auch solche hier zu Gunsten des Impetraten keine Beachtung finden. Ebenso versteht es sich endlich von selbst, daß das Anführen des Recurrenten unter Punkt d. seiner Deductionsschrift, der dem Impetranten an sich einmal zuständigen Gerechtsame gegenüber, wenigstens hier nicht berücksichtigt werden kann.

Dagegen hat es aber nothwendig geſchienen, dem Impetranten die Beſcheinigung ſeines Einwandes wegen der auf dem Wege der Extinctivverjährung erfolgten Aufhebung des beregten Privilegiums, in Gemäßheit der in dieſer Hinſicht wider den vorigen Beſcheid gerichteten Beſchwerde, nachzulaſſen.

Zwar iſt es nicht für zweifellos zu erachten, ob zum Behufe des Erlöſchens von Privilegien der hier in Frage ſtehenden Art ſchon der Beweis genüge, daß der Berechtigte von dem Privilegium, abgeſehen von der Perſon desjenigen, welcher eine Befreiung von dem letztern in Anſpruch nimmt, überhaupt und im Allgemeinen während rechtsverwährter Zeit, obgleich er zu deſſen Geltendmachung mehrfach Gelegenheit gehabt, doch keine Anwendung gemacht habe, oder nicht vielmehr der ſpecielle Nachweis erforderlich ſei, daß der Berechtigte von ſeinem Befugniß wider denjenigen ſelbſt, welcher eine Exemtion davon behauptet, während der angedeuteten Zeitfriſt keinen Gebrauch gemacht habe?

Inzwiſchen hat man Sich doch, nach Anſicht deſſen, was über den hierunter im Königreich Sachſen geltenden Gerichtsbrauch in

Gottschalk, select. discept. for. cap. edit. II. Tom. I. cap. XVII. pag. 182. und

Curtius, Handbuch des im Königreich Sachſen geltenden Civilrechts, 3te Ausg. Th. I. §. 38.

ſich bemerkt findet und womit auch die Meinung anderer Rechtslehrer im Weſentlichen übereinſtimmt,

vergl. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts, 2. Aufl. Th. I. §. 81. sub V.

Unterholzner, Entwickelung der Verjährungslehre, Bd. II. §. 288.

Glück, Commentar zu den Pandecten, 2. Aufl. Bd. II. §. 110.

für die zuerſt erwähnte Anſicht entſcheiden zu müſſen geglaubt.

In deſſen Gemäßheit und weil demnächſt dasjenige, was hiergegen von dem Impetranten Bl. — vorgeſtellt worden iſt, an ſich inſofern nicht für entſcheidend angeſehen werden kann, weil eine ausdrückliche Erneuerung des fraglichen Privilegiums wenigſtens in der Bl. — flg. in beglaubter Abſchrift befindlichen Urkunde vom Jahre 1825 — und weitere Urkunden ſind nicht beigebracht worden — nicht enthalten iſt, es auch übrigens dem Impetranten unbenommen bleibt, auf ſeine diesfallſigen Einwendungen nach Befinden bei Führung der Gegenbeſcheinigung zurückzukommen, hat Man daher auch die beregte Beweisnachlaſſung für begründet erachten müſſen.

Die erfolgte Compenſation der Koſten rechtfertigt ſich dadurch von ſelbſt, daß mit Rückſicht auf die Zweifelhaftigkeit der Sache, und namentlich mit Hinblick auf die erſt in gegenwärtiger Inſtanz erfolgte Beweisnachlaſſung, dem Impetranten auch um ſo weniger eine muthwillige Streitſucht hierunter hat beigemeſſen werden können."

Auf den hiergegen vom Impetraten eingelegten Recurs erkannte das K. Miniſterium des Innern unterm 16. Juli 1847 wie folgt:

„Das Miniſterium des Innern hat, in Gemäßheit von §. 18. des Geſetzes vom 30. Januar 1835. sub D. collegialiſch conſtituirt, in der vor dem Stadtrathe zu G., Inhalts der Acten sub Sect. XIII. Lit. A. a. No. 21., welche nebſt einem Berichte anbei zurückfolgen, zwiſchen dem Beſitzer der Papiermühle zu K., Ferdinand H., als Impetranten, und dem Beſitzer der Walkmühle zu G., Chriſtian Friedrich T., als Impetraten, wegen des von erſterem gegen die von letzterem beabſichtigte Anlegung einer Papiermühle erhobenen Widerſpruchs, anhängigen Adminiſtrativjuſtizſache die von der Kreisdirection zu Leipzig Bl. — in zweiter Inſtanz ertheilte Entſcheidung unter Verwerfung der von dem Impetraten Bl. — und von dem Impetranten Bl. — gegen dieſelbe eingelegten Recurſe beſtätigt; jedoch ſind auch die ferner erwachſenen Koſten gegen einander aufzuheben.

Dieſe Entſcheidung beruht im Weſentlichen auf den von der Kreisdirection zur Unterſtützung der von ihr ertheilten Entſcheidung gegebenen Gründen, durch welche dieſe als vollkommen gerechtfertigt ſich darſtellt, und denen nur noch Folgendes beizufügen geweſen iſt:

Daß zu Gunſten der Papiermühle zu K. das fragliche Privilegium ertheilt worden ſei, muß nach dem vorliegenden Lehnbriefe als erwieſen angeſehen werden, und es läßt ſich auch, wie die Kreisdirection mit Recht angenommen hat, weder behaupten, daß es einer beſonderen Publication des Privilegiums bedurft habe, noch bezweifeln, daß G. als innerhalb des verpflichteten Bezirks liegend anzuſehen ſei, da eine ſolche Publication nirgends vorgeſchrieben iſt und die Worte des Privilegiums, „innerhalb fünf Meilen Wegs von derſelben an ringsumher zu rechnen", ſchon dem Wortlaute nach eine andere Erklärung als dieſe, daß die fünf Meilen je von der privilegirten Mühle an zu rechnen ſeien, nicht zulaſſen.

Ebenſowenig kann aber dem Impetraten der Umſtand zu ſtatten kommen, daß ihm vom Stadtrathe eröffnet worden iſt, er könne die Papiermühle ungehindert anlegen, da, ſelbſt wenn eine förmliche Conceſſion dazu ertheilt worden wäre, deren es aber, da es ſich um eine in der Stadt anzulegende Papiermühle handelte, gar nicht bedurfte, hierdurch dem Impetranten das ihm aus dem Privilegio zuſtehende

Recht nicht würde haben entzogen werden können, und somit um so weniger jener Eröffnung eine solche Wirkung beigelegt werden kann. So lange daher nicht erwiesen ist, daß das Privilegium erloschen sei, muß dasselbe als in Wirksamkeit stehend angesehen werden, da dasselbe noch in dem Lehnbriefe vom Jahre 1825 als bestehend vorausgesetzt wurde, und da, wäre auch die Regierungsbehörde befugt, dem Bl. — gestellten Antrage, dasselbe zurückzunehmen, Statt zu geben, hierauf doch in der gegenwärtig zu ertheilenden Administrativjustizsache, bei welcher lediglich der Stand der Sache vom rechtlichen Standpunkte aus ins Auge zu fassen ist, in keinem Falle einige Rücksicht genommen werden könnte. Auf der andern Seite hat aber auch dem Impetraten die Bescheinigung der Behauptung, daß das Privilegium erloschen sei, nicht abgeschnitten werden können, da der gedachte Lehnbrief nur ausspricht, daß das Dorf K. mit der Papiermühle und dem von anno 1575 her darauf haftenden und nachher renovirten Privilegio verliehen worden sei, ohne einer Erneuerung zu gedenken, und somit hierin lediglich das auf der zu präsumirenden Voraussetzung, daß das Privilegium annoch zu Recht beständig sei, beruhende, den frühern bezüglichen Urkunden entnommene Anführen einer historischen Thatsache zu erkennen ist, welches das Erloschensein des Rechts, von dem Privilegio Gebrauch zu machen, nicht ausschließt, und da auch sonst den von der Kreisdirection diesfalls geltend gemachten Grundsätzen beizustimmen gewesen ist.

Die erkannte Compensation der fernern Kosten rechtfertigt sich schon dadurch, daß von beiden Theilen Recurs eingewendet worden ist."

Nachdem hierauf vom Impetraten eine Bescheinigung, vom Impetranten aber eine Gegenbescheinigung eingereicht und das Erforderliche deshalb verfügt worden war, erkannte der Stadtrath zu G. in einem am 8. Februar 1849 publicirten Bescheide wie folgt:

ꝛc. „Würde Impetratens Anwalt den zu Ertheilung der zweiten Delation erforderlich gewesenen Solennitätseid, zu dessen Ableistung er sich Bl. — erboten, annoch nachträglich leisten, so ist die vom Impetraten unternommene Bescheinigung für versäumt nicht zu achten, ferner ist solchenfalls Kläger mit Anerkennung der Bescheinigungsurkunden sub A. B. C. D. E. F. und G., nicht weniger Beklagter mit Recognition der Gegenbescheinigungsurkunden sub A. und B. als gerichtlicher und öffentlicher zu verschonen, beide sind jedoch darauf sich zu beziehen wohl befugt gewesen. Dagegen hat der über art. repr. 6. 7. 8. 9. 11. 12. 13. 14. angetragene Eid nicht Statt, und hat dann Beklagter Dasjenige, so ihm zu erweisen nachgelassen, wie Recht dargethan, derowegen das von Klägerm für die ihm zugehörige Papiermühle zu K. Bl. — seq. in Anspruch genommene Privilegium für erloschen zu erachten, und das Bl. — seq. verfügte Verbot der Anlegung und Betreibung der dem Beklagten zugehörigen Papiermühle zu G. wieder aufzuheben und derselbe in deren Betrieb nicht ferner zu stören. ꝛc.

Die erwachsenen Proceßkosten werden, soweit nicht bereits anders rechtskräftig darüber erkannt ist, gegen einander aufgehoben."

Diese Entscheidung wird durch Folgendes motivirt:

„Es ist zwar dem Beklagten die zweite Dilation ohne vorgängige Ableistung des Gefährdeeides, wie solches die Erl. Proc.-Ordn. (XX. 3.) vorschreibt, ertheilt worden, indessen kann dieser Passus keinesfalls als Grund gelten, dessen Bescheinigung für versäumt zu halten, da derselbe in gutem Glauben wegen der ihm nach Bl. — bereits unterm 11. December 1847 ertheilten zweiten Dilation die Bescheinigungsartikel innerhalb der ersten Dilationsfrist nicht einreichte, ihm daher, zumal sich nach Bl. — dessen Anwalt zu Leistung der solennitas legalis erboten, also seinerseits den erforderlichen Formalien Genüge geleistet hatte, eine Nachlässigkeit nicht zur Last gelegt werden konnte, und es nicht seine Sache war, zu untersuchen, ob bei Ertheilung der Dilation die dieselbe ertheilende Behörde alles Erforderliche hierbei beobachtet hatte, jedoch war den bestehenden Vorschriften gemäß die Gültigkeit der Bescheinigung von nachträglicher Leistung dieses Eides abhängig zu machen.

cfr. Dr. Osterloh, der ordentl. Proceß, II. §. 250. p. 164. not. 5. in fine.

Obschon nun Kläger in der Hauptsache die ihm nachgelassene Gegenbescheinigung durchgängig auf den Eid gestellt hatte, so konnte doch dieses Beweismittel in der vorliegenden Proceßart nicht für zulässig erachtet werden, indem nach §. 10. des Gesetzes D. vom 30. Januar 1835 Eidesantrag in Administrativjustizsachen überhaupt nicht, folglich auch nicht bei der Gegenbescheinigung statt hat.

cfr. Dr. Osterloh, der ordentl. Proc. II. §. 262. p. 226. not. 28. in fine.

Was nun die von Beklagtem geführte Bescheinigung anlangt, so ist durch dieselbe das, was ihm zu erweisen oblag, unzweifelhaft dargethan. Da nämlich vor Allem abzusehen war von der Frage, ob Kläger von seinem Verbietungsrechte während rechtsverwährter Zeit gegen Beklagten selbst keinen Gebrauch gemacht, indem hierüber in den im Erkenntnisse letzter Instanz bestätigten Entscheidungsgründen zum Interlocute der Königl. Kreisdirection Bl. — das

Erforderliche bereits festgestellt war, so bestand das Beweisthema des Beklagten in der Darlegung des folgenden Satzes:

daß Kläger von dem auf seiner Papiermühle zu K. haftenden und für dieselbe in Anspruch genommenen Privilegium, kraft dessen innerhalb fünf Meilen von derselben an, ringsumher zu rechnen und auszumessen, keine andere neue Papiermühle soll erbauet, eingerichtet, noch verstattet werden, während rechtsverwährter Zeit keinen Gebrauch gemacht, obwohl ihm hierzu Gelegenheit geboten worden.

Demnach mußte derselbe einzelne Handlungen, durch welche, jenem Verbietungsrechte zuwider, innerhalb des erwähnten Bezirks Papiermühlen angelegt worden waren, anführen. Nun hat er aber dargethan, daß in der Zeit vom 8. Juni 1846, wo Kläger gegen Anlegung seiner, Beklagtens, Papiermühle Widerspruch erhob, bis zum Jahre 1804 zurückgerechnet, also während eines Zeitraums von 42 Jahren, vier verschiedene Papiermühlen innerhalb des Bezirks, in welchen Klägerm das in Anspruch genommene Verbietungsrecht vi privilegii zustand, angelegt worden sind, ohne daß jener deren Anlegung widersprochen, und sonach von seinem Privilegium Gebrauch gemacht hätte, nämlich im Jahre 1801—1804 in Stötteritz durch John Christoph Ludwig aus Leipzig, cfr. Bl. —, im Jahre 1829 im Stadttheile Theka zu Rötha durch Christian Friedrich Clauß und dessen Ehefrau, cfr. Bl. —, im Jahre 1835 zu Stahmeln durch Carl Gottfried Schneider, cfr. Bl. —, und endlich im Jahre 1838 in der Golzermühle bei Döben durch Carl Leberecht Martin, cfr. Bl. —.

Die Wahrheit dieser Facta wird bestätigt durch die Bl. — acto. sq. ersichtlichen gerichtlichen Zeugnisse sub D. E. G., sowie, daß gegen Errichtung dieser Papiermühlen ein Widerspruch nicht erhoben worden ist. Wenn nun aber in Notorität beruht, daß die genannten Orte nicht fünf Meilen von K. entfernt sind, auch seiten des Klägers gegen die Wahrheit dieser Sache nichts angeführt worden, übrigens aber hierdurch festgestellt worden ist, daß Klägerm innerhalb des Zeitraums von 42 Jahren mehrfache Gelegenheit geboten worden, von seinem Privilegio Gebrauch zu machen, ohne daß er dasselbe in Anwendung gebracht, so kann aber ein Privilegium durch den Nichtgebrauch nur erloschen zu achten, ein Zeitraum von blos 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen erfordert wird, auch, um den Beweis der Verjährung zu führen, nicht erforderlich ist, daß jede einzelne der Handlungen, welche gegen das in Anspruch genommene Privilegium ausgeübt worden sind, diese ganze Zeit umfasse, es vielmehr hinreichend erscheint, wenn nachgewiesen worden, daß innerhalb der Verjährungszeit wenigstens drei Handlungen gegen das Verbietungsrecht ohne Widerspruch des Berechtigten ausgeübt worden, zumal sich das von Klägerm beanspruchte Verbietungsrecht nach klarem Inhalte der Urkunde blos auf die Errichtung und Anlegung, keineswegs aber auf den Betrieb bereits errichteter Papiermühlen bezieht, übrigens aber eine Erneuerung des Privilegiums in dem Lehnbriefe vom Jahre 1825 nicht enthalten ist, wie bereits in den Entscheidungsgründen zu dem Interlocute in zweiter und dritter Instanz hinlänglich dargethan worden, so hatte Beklagter sein thema probandum wie Recht erwiesen, und war demnach, so wie geschehen, zu erkennen.

Und selbst, wenn der Eidesantrag über die Gegenbescheinigungsartikel zulässig gewesen wäre, würde durch die Gegenbescheinigung eine Unterbrechung der Verjährung nicht haben dargethan werden können, indem der eine Fall, wodurch Kläger die Unterbrechung der Extinctivverjährung beweisen wollte, — der gegen Errichtung einer Papiermühle in Kleinstorkwitz von dem curator bonorum im Creditwesen der damaligen Eigenthümer der Papiermühle zu K. erhobene Widerspruch, cfr. Bl. —, wie er selbst angiebt im Jahre 1803, also noch vor Beginn der Verjährungszeit, vorkam, mithin eine Unterbrechung derselben nicht bewirken konnte, der andere Bl. — seq. aber ebensowenig eine Unterbrechung der Verjährung beweist; denn wie Kläger anführt, habe der Stadtrath zu Leipzig im Jahre 1828 dem um Erlaubniß zu Anlegung eines Lumpenholländers nebst Stampfer Nachsuchenden mit dem der Mühle zu K. zustehenden Privilegium bekannt gemacht, und der damalige Besitzer der letztern bei den Gerichten zu K. gegen Anlegen dieses Werkes protestirt. Nun kann aber diesem bei einer gänzlich incompetenten Behörde, wie das Gericht zu K., dem zu Leipzig wohnhaften Erbauer jenes Werkes gegenüber, unbestritten war, eingelegten Widerspruch ein rechtlicher Erfolg keineswegs beigelegt werden, ebenso wie der Umstand, daß der Stadtrath zu Leipzig jenen von der Existenz des fraglichen Privilegii in Kenntniß gesetzt, als interruptio praescriptionis schon aus dem Grunde nicht betrachtet werden kann, weil die Extinctivverjährung nicht durch eine gerichtliche Verfügung, welche eine obrigkeitliche oder richterliche Behörde ex officio vorgenommen hat, unterbrochen wird.

cfr. Dr. Haubold, Lehrb. d. K. S. Privatrechts, herausg. von Hänsel, 3. Aufl. p. 467. not. k. 2.

Die Compensation der Proceßkosten rechtfertigt sich dadurch, daß beiden Theilen eine Streitsucht in vorliegender Sache nicht beigemessen werden konnte und die Entscheidung derselben allerdings zweifelhaft war."

Auf den gegen diesen Bescheid vom Impetranten eingewendeten Recurs erkannte dagegen die Königl. Kreisdirection zu Leipzig unterm 9. October 1850:

„Daß es bei dem erwähnten Bescheide Bl. — sq., soweit darin erkannt worden,

daß Impetratens Anwalt den zur Ertheilung der zweiten Dilation erforderlich gewesenen Solennitätseid annoch nachträglich zu leisten, solchenfalls des Impetraten Bescheinigung für versäumt nicht zu achten, derselbe aber Dasjenige, so ihm zu erweisen nachgelassen, mit Recht dargethan habe, und daher auch das vom Impetranten Bl. — sq. für seine Papiermühle zu K. in Anspruch genommene Privilegium für erloschen zu erachten und das Bl. — sq. verfügte Verbot der Anlegung und Betreibung der dem Impetraten zugehörigen Papiermühle zu G. wiederum aufzuheben sei,

nicht zu lassen; es ist vielmehr der ernannte Anwalt mit nachträglicher Ableistung des Solennitätseides zu verschonen, dessenungeachtet aber Impetratens Bescheinigung für versäumt nicht zu achten, dagegen hat aber letzterer damit, sowie in Berücksichtigung des in der Bl. — sq. ersichtlichen, des allerdings unstatthaften Eidesantrags ungeachtet, doch eben so wenig für versäumt zu achtenden Gegenbescheinigung von Impetrantem Ausgeführten, Dasjenige, so ihm zu erweisen obgelegen, nicht dargethan, und ist demnach auch Impetrant H. auf das Privilegium Bl. — sq. sich zu berufen wohl befugt gewesen, weshalb es endlich bei dem dem Impetraten Bl. — ertheilten Verbote zu bewenden hat.

Im Uebrigen ist der Bescheid erster Instanz bestätigt worden und werden auch die Kosten zweiter Instanz zwischen den Parteien gegen einander aufgehoben.

Diese Entscheidung beruht, und zwar zunächst in Ansehung der Formalpunkte, auf folgenden Gründen:

Daß ebenfalls im Administrativjustizprocesse Dilationen der Beweisfristen auf Ansuchen der betreffenden Parteien bewilligt werden können, ist durch den Gerichtsbrauch bei den höhern und höchsten Administrativjustizinstanzen bereits hinreichend constatirt, erscheint aber auch nicht nur an und für sich selbst, da im Allgemeinen jeder Behörde, welche das Recht hat, eine Präclusivfrist zu setzen, auch das Recht zustehen muß, die letztere aus ausreichenden Gründen zu erweitern, sondern speciell auch nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 30. Januar 1835. sub D. vollständig gerechtfertigt, da dieses Gesetz die Ertheilung von Dilationen für die Beweisfristen nirgends untersagt und der von dem Recurrenten zur Begründung seiner entgegengesetzten Ansicht Bl. — angezogene §. 8. des erwähnten Gesetzes den Fall vor Augen hat, wenn die Bescheinigungs- oder Gegenbescheinigungsfrist abgelaufen sein sollte, ohne daß irgend etwas und also auch nicht ein Gesuch um Verlängerung der betreffenden Fristen zu den Acten gebracht worden wäre; ein Fall, der in dessen hier gar nicht vorliegt und in welchem, vermöge der dem Administrativjustizprocesse zum Grunde liegenden Erörterungsmaxime, dem Richter immer auch nicht das Recht abgeschnitten sein würde, noch Amtswegen auf Erörterungen in der Sache einzugehen, welche zur Beseitigung der etwa vorhandenen Zweifel und Dunkelheiten geeignet sein könnten.

Die Berechtigung des Stadtraths zu G. als Richter erster Instanz, bei welchem sich damals noch die Sache zur Entscheidung befand, dem Impetraten die erste und nach Befinden auch noch eine zweite Dilation zu Einreichung der ihm nachgelassenen Bescheinigung zu ertheilen, ist daher nicht in Abrede zu stellen und der dagegen Bl. — von dem Recurrenten erhobene Einwand unbegründet.

Wenn indessen in der vorigen Entscheidung der Anwalt des Impetraten nachträglich noch die Ableistung des Solennitätseides auferlegt und dabei ausgesprochen worden ist, daß erst nach berichteter Eidesleistung die Bescheinigung Bl. — sq. für versäumt nicht angesehen werden solle, so hat ihm nicht beigepflichtet werden können.

Denn abgesehen davon, daß nach processrechtlicher Vorschrift

Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XX. §

Biener, syst. proc., §. 126. n. 6.

der Solennitätseid jedenfalls vor dem Definitiverkenntniß geleistet sein muß, so ist es dem Richter keineswegs freisteht, von dieser ausdrücklichen Vorschrift zu Gunsten der einen oder der anderen Partei abzuweichen, so ist aber überhaupt diese processrechtliche Bestimmung im Administrativjustizproceß nicht in Anwendung zu bringen.

Das Gesetz vom 30. Januar 1835. sub D. will nämlich im Allgemeinen bei dieser Processform Eidesleistungen möglichst vermeiden wissen. Dieß ist in materieller Hinsicht ausdrücklich im §. 10. durch die Bestimmung ausgesprochen, „daß der Eidesantrag nicht statt habe", und ebenso von den in formeller Hinsicht im streitigen Civilprocesse vorkommenden Eiden, insoweit gleichen nicht, wie die Vereidigung der Zeugen, §. 9.) ausdrücklich beibehalten sind.

Ueberhaupt ist dem Ermessen des Administrativjustizrichters ein weit größerer Spielraum

gelaſſen und namentlich auch die formelle Leitung der ſtreitigen Verwaltungsſachen keineswegs in die für das Beweisverfahren im Civilproceſſe vorgeſchriebenen engen Grenzen gewieſen worden, daher denn auch in dem vorliegenden Falle das Befugniß des Stadtraths zu G. zur Bewilligung der zweiten Dilation an den Beweisführer ohne vorgängige Eidesleiſtung und in Folge deſſen die formelle Zuläſſigkeit der von letzterem beigebrachten Beſcheinigung um ſo weniger in Zweifel geſtellt werden mag, als einerſeits es für den Stadtrath ohne die Angabe näherer Momente Seiten des Beweisführers an jedem Anhalte gebrach, um das Sach- und Rechtsverhältniß im Wege amtlicher Erörterung zu ermitteln, andererſeits aber Dasjenige, was von dem Beweisführer zu Unterſtützung ſeines Geſuches um Bewilligung der zweiten Dilation angeführt worden iſt, inſofern als begründet erſcheint, als die Erlangung der gerichtlichen Zeugniſſe, auf welche ſich die Beſcheinigung ſtützt, mindeſtens der Zeit ihrer Ausſtellung nach, mit Aufenthalt verbunden geweſen iſt. Mit Recht iſt dagegen in dem angefochtenen Beſcheide der zur Unterſtützung der Gegenbeſcheinigung Bl. — sq. gebrauchte Eidesantrag für unſtatthaft erklärt worden, da derſelbe nach §. 10. des Geſetzes sub D., wie bereits oben bemerkt ward, im Adminiſtrativjuſtizproceß ausdrücklich ausgeſchloſſen iſt und der Richter amtswegen darauf zu ſehen hat, daß der geſetzlichen Vorſchrift, über welche auch unter den Parteien ein Compromiß nicht ſtattfinden kann, Folge geleiſtet werde. Für verſäumt hat indeſſen deshalb die Gegenbeſcheinigung nicht angeſehen werden können, vielmehr mit Hinblick auf das dem Adminiſtrativjuſtizproceß zum Grunde liegende, hier noch beſonders in der Beſtimmung §. 20. des Geſetzes sub D. Begründung findende Erörterungsprincip nur noch eine nähere Erörterung über die Wahrheit der von H.'n angeführten Thatſachen ſich nothwendig gemacht.

Was nun dagegen das Materielle der Sache anlangt, ſo iſt zunächſt, und zwar zur Widerlegung der von dem Recurrenten in Anſehung der Beweisführung bei der erlöſchenden Verjährung des fraglichen Privilegiums durch Nichtgebrauch Bl. — sq. ad grav. 3. aufgeſtellten Rechtslehren, auf das Beweiserkenntniß Bl. — und die demſelben untergelegten Entſcheidungsgründe zu verweiſen.

Es iſt darin ausdrücklich hervorgehoben worden, daß und aus welchen Gründen die Anſicht, daß Behufs des Erlöſchens der Privilegien der hier in Frage ſtehenden Art der Beweis erforderlich ſei, daß der Berechtigte von ſeinem Befugniß wider denjenigen ſelbſt, welcher eine Exemtion davon behauptet, während rechtsverwährter Zeit keinen Gebrauch gemacht habe, im vorliegenden Falle nicht in Anwendung kommen könne; in Anſehung der T.'ſchen Papiermühle würde ein derartiger Beweis gar nicht zu führen geweſen und den ſonſt etwa noch in dem betreffenden Sprengel beſtehenden Papiermühlen gegenüber nur unvollſtändig ſein, da ſelbſt den rechtsverjährten Beſtand derartiger Mühlen angenommen, doch der Fall dann immer noch nicht ausgeſchloſſen ſein würde, daß während des Betriebs der fraglichen Mühlen anderwärts von dem Privilegium Gebrauch gemacht worden ſei.

Es handelt ſich vielmehr um den Nachweis, daß der Berechtigte von dem Privilegium überhaupt und im Allgemeinen während rechtsverjährter Zeit, obgleich er zu deſſen Geltendmachung mehrfach Gelegenheit gehabt, doch keine Anwendung gemacht habe, und da ein Recht in Frage ſteht, deſſen Ausübung von dem zufälligen Eintritt gewiſſer Umſtände abhängig iſt, ſo kann dieſer Beweis allerdings nicht anders geführt werden, als durch die Beſcheinigung von drei die Verjährungszeit umſchließenden und wieder unter ſich durch eine vollſtändige Verjährungsperiode von einander nicht getrennten Fälle, bei denen ſich Gelegenheit geboten haben würde, das Privilegium in Anwendung zu bringen, dies aber unterlaſſen worden iſt.

Dieſe Theorie wird nicht allein von Rechtslehrern als die richtige bezeichnet,

Kori und von Langenn, Erört. prakt. Rechtsfragen, Th. 1. S. 22.

ſondern findet ſelbſt in der vaterländiſchen Geſetzgebung ihre Begründung,

cf. 5te Deciſion v. J. 1746.
Mandat vom 21. Februar 1827. §. 5. und 6.
Bekanntmachung, einige Rechtsſätze betr., vom 6. Auguſt 1836.

wo allerwärts der Nachweis dreier Fälle zur Beſcheinigung entweder des Erloſchenſeins, oder der Erwerbung der betreffenden Rechte als erforderlich vorgeſchrieben iſt; daß aber dieſe drei und, inſoweit nöthig, mehr Fälle die Verjährungszeit in ſich ſchließen müſſen, folgt daraus, daß zu Gunſten des Verjährenden nicht präſumirt werden darf und der erforderliche Zeitraum nicht nachgewieſen ſein würde, wenn Anfang oder Ende deſſelben über die betreffenden Fälle hinausläge.

Was nun die vorliegende Beſcheinigung des Impetraten T. anlangt, ſo hat der letztere durch die Bl. — sq. in Abſchrift befindlichen, nach Bl. — im Originale producirten obrigkeitlichen Zeugniſſe nachgewieſen, daß in den Jahren 1801—1804,

1829, 1835 und 1838 innerhalb eines Umkreises von fünf Meilen um die Papiermühle von K. an verschiedenen Orten Papiermühlen errichtet und in Betrieb gesetzt worden sind, ohne daß Seiten des Privilegiuminhabers dagegen Widerspruch erhoben, also von dem der Papiermühle zu K. zustehenden Privilegium, obschon sich dazu Gelegenheit geboten, Gebrauch gemacht worden wäre.

Diese vier Fälle schließen die Verjährungszeit von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen und mehr in sich ein, sie sind ihrerseits durch eine vollständige Verjährungsperiode von einander nicht getrennt, und da auch seit dem Jahre 1838 und der Errichtung der T.'schen Papiermühle in G. eine Zeit von 31 J. 6 W. 3 T. nicht verflossen ist, so würde der Nichtgebrauch des in Rede stehenden Privilegiums allerdings als bescheinigt zu betrachten sein, dafern nicht anderwärts während der Verjährungszeit von demselben Gebrauch gemacht und also eine Unterbrechung der durch die Bescheinigung des Impetraten nachgewiesenen Verjährung eingetreten sein sollte.

Nun hat aber der Impetrant H. in der Bl. — sq. ersichtlichen Gegenbescheinigung art. repr. 6. und 7. und art. repr. 11. auf zwei Vorgänge aus den Jahren 1803—1804 und 1828 Bezug genommen, wo beziehendlich in Kleinstorkwitz und in der Nähe der Stadt Leipzig von Heinrich Christoph Walther und Carl Gottfried Schneider die Errichtung von Papiermühlen beabsichtigt worden sei, auf den dawider von dem Besitzer der Papiermühle zu K. erhobenen Widerspruch aber habe unterlassen werden müssen.

Die Königliche Kreisdirection hat sich vermöge des zu den gedachten Gegenbescheinigungsartikeln gebrauchten unstatthaften Eidesantrag genöthigt gesehen, der Wahrheit dieser auf die Sache allerdings sehr wesentlichen Einfluß äußernden Behauptungen durch Einforderung der dieserhalb etwa ergangenen Acten Bl. — auf den Grund zu gehen, auch im weiteren Verfolg der Bl. — sq. und — sq. ersichtlichen Erörterungen die Befragung verschiedener Personen vornehmen zu lassen, und es hat sich hierauf in Beziehung auf die Anführungen der H.'schen Gegenbescheinigung Folgendes ergeben:

(Schluß folgt in der nächsten Nummer.)

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 1. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 1. Verordnung, die für die Benutzung der Staatstelegraphen geltenden Bestimmungen und den Deutsch-Oesterreichischen Telegraphenverein betreffend; vom 28. December 1853. No. 2. Verordnung, die Gewerbesteuer der Bankschlächter auf das Jahr 1854 betreffend; vom 2. Januar 1854. No. 3. Verordnung, die zwischen den Staaten des deutschen Zoll- und Handelsvereins einerseits und den Kaiserl. Oesterreichischen Staaten anderseits wegen gegenseitiger Behandlung der Handelsreisenden getroffene Vereinbarung betreffend; vom 28. December 1853. — Letzte Absendung: am 17. Januar 1854.

Das 2. Stück desselben Gesetz- und Verordnungsblattes enthält: No. 4. Verordnung, die Bekanntmachung des Staatsvertrags wegen der Uebernahme und Weiterbeförderung der Schüblinge auf der Dresden-Prager Eisenbahn betreffend; vom 24. December 1853 No. 5. Bekanntmachung, die Eröffnung des Betriebstelegraphen der Sächsisch-Bayerschen Staatseisenbahn für die allgemeine Staats- und Privat-Correspondenz betreffend; vom 9. Januar 1854. No. 6. Bekanntmachung, den übergangsabgabepflichtigen Verkehr mit Bier und Branntwein nach und von Hannover, Oldenburg und Schaumburg-Lippe betreffend; vom 14. Januar 1854. No. 7. Verordnung, die Ausdehnung der zwischen den Zollvereinsstaaten wegen gegenseitiger Behandlung der Gewerbtreibenden und Handelsreisenden bestehenden Bestimmungen auf die Staaten des vormaligen Steuervereins betreffend; vom 7. Januar 1854. No. 8. Decret wegen Bestätigung der Sparcassenordnung für die Stadt Geringswalde; vom 30. December 1853. — Letzte Absendung: am 28. Januar 1854.

---

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der Advocat Karl Julius Reiner in Bernstadt ist als Justitiar der Gerichte zu Kemnitz in Pflicht genommen worden.

Der Advocat Gustav August Hertel zu Grimma ist als Verwalter der Gerichte zu Altenhain in Pflicht genommen worden.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 15.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## Ueber erlöschende Verjährung von Privilegien.

Mitgetheilt von
Herrn **M.** in **X.**

(Schluß des S. 112. abgebrochenen Rechtsfalles.)

Was zunächst die im Jahre 1828 von Carl Gottfried Schneider in Leipzig errichtete Papiermühle anlangt, so vermag sich Recurrent H. auf diesen Vorgang allerdings nicht mit Erfolg zu beziehen; denn abgesehen davon, daß der gegen das fragliche Unternehmen von dem Besitzer des Ritterguts K. und dem Inhaber der Papiermühle daselbst, Johann Ernst H., erhobene Widerspruch nach Bl. — und — der beiliegenden K.'r Gerichtsacten nr. 154. vom Jahre 1828 Seiten der vormaligen Königlichen Landesregierung zurückgewiesen worden ist, so scheint überhaupt das fragliche Privilegium in dem vorliegenden Falle, da es sich hier hauptsächlich um die Errichtung einer Roßmühle zur besseren Förderung der von Schneidern nach Ausweis der anliegenden Rathsacten sub S. nr. 30. 14. de ao. 1828. bisher schon betriebenen Papp- und Papierfabrikation gehandelt hat, nicht betroffen worden zu sein.

Anders verhält sich dagegen die Sache in dem ersten, besage der anliegenden K.'r Gerichtsacten sub Litt. K. nr. 115. in den Jahren 1803—1804 verhandelten Vorgang; denn nachdem in Folge des Bl. — ersichtlichen Rescripts die Erklärung des damaligen Besitzers der Papiermühle zu K., welcher nach Ausweis der Acten in Concurs verfallen war, wegen der von Johann Christoph Walthern zu Kleinstorkwitz beabsichtigten Umwandlung seiner dasigen Mahlmühle in eine Papiermühle, nach Bl. — erfordert worden war, der bestellte curator bonorum nach Bl. — auch gegen das Walther'sche Gesuch unter Bezugnahme auf das der Papiermühle zu K. zustehende Privilegium den Bl. — ersichtlichen Widerspruch eingereicht hatte, ist der Mühlenbesitzer Walther besage des Bl. — in Abschrift befindlichen Rescripts mit seinem Gesuche abgewiesen, und solches in Folge des Bl. — ersichtlichen Rescripts dem gedachten curator nach Bl. — unter dem 13. August 1804 bekannt gemacht worden.

Daß aber der Widerspruch des curator bonorum dieselbe Geltung auch in Beziehung auf die gegen das fragliche Privilegium laufende erlöschende Verjährung hat, als wenn er von dem Inhaber der Papiermühle selbst ausgegangen wäre, unterliegt keinem Zweifel, da dem curator bonorum eines Creditwesens nach Vorschrift der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XLI. §. 1. nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht obliegt, des Creditwesens Bestes auf alle Art und Weise zu besorgen, und dasselbe jedenfalls sehr erheblich beeinträchtigt worden wäre, wenn man auf das Privilegium der Papiermühle zu K. durch Errichtung anderer und hier namentlich der Walther'schen Papiermühle keine Rücksicht genommen hätte.

Da nun dem fraglichen Widerspruch in der Walther'schen Concessionsangelegenheit die Wirkung der Unterbrechung der wider das Privilegium begonnenen erlöschenden Verjährung nicht abgesprochen werden kann, so würde es, wenn noch die Bescheinigung des Impetraten für gelungen angesehen werden sollte, des speciellen Nachweises bedurft haben, daß der erste Verjährungsfall, die nach dem Zeugniß der Gerichte zu S. obern Theils Bl. — während der Jahre 1801—1804 erfolgte Errichtung der Ludwig'schen Papiermühle daselbst, nach dem

13. August 1804, als dem Tage der Notification Bl. — der Gerichtsacten sub K. nr. 115. de ao. 1804, eingetreten sei, da von dem nächsten, im Jahre 1829 stattgefundenen Falle an und dem des Jahres 1838 (Bl. — und —) ein Zeitraum von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen nicht dazwischen liegt und die Zeit bis zum 13. August 1804, als dem Termin der Unterbrechung, bei Berechnung der Verjährung nicht in Betracht kommen kann.

Weder die nochmalige Vernehmung mit den Gerichten zu S. obern Theils, Bl. — und —, noch die durch Befragung verschiedener, mit dem Sachverhältniß angeblich bekannten Personen Bl. — sq. angestellten Erörterungen haben jedoch über den Zeitpunkt der Errichtung der Ludwig'schen Papiermühle etwas Zuverlässiges zu constatiren vermocht, und da das Zeugniß Bl. — diesen Zeitpunkt in unbestimmter Weise innerhalb der Jahre 1801—1804 versetzt, die Angaben der befragten Personen mit dem ersteren auch insofern übereinstimmen, als sie die Errichtung der fraglichen Papiermühle eher vor das Jahr 1801 als später verweisen, so hat dieser erste Bescheinigungsfall, dem bestimmten actenkundigen Nachweis der Unterbrechung im Jahre 1804 gegenüber, zu Gunsten der Beweisführung T.'s nicht in Aufrechnung kommen können, deshalb aber nach dem Vorherbemerkten die unternommene Bescheinigung für verfehlt erachtet werden müssen.

Die nothwendige Folge aber hiervon war, daß Man wie geschehen zu erkennen und es bei dem dem Impetraten nach Bl. — ertheilten Verbote zu bewenden lassen hatte.

Die ausgesprochene Kostencompensation findet ihre Rechtfertigung in dem eingetretenen Wechsel der Entscheidungen."

Eine Entscheidung dritter Instanz erledigte sich dadurch, daß die fragliche Differenz in einem am 15. April 1851 vor der K. Kreisdirection zu Leipzig abgehaltenen Vorbeschiede verglichen wurde.

---

## 26.

### Bedingungen der Statthaftigkeit von Anträgen auf entsprechende Formulirung eines mittelst rechtskräftigen Erkenntnisses auferlegten nothwendigen Eides.

Mitgetheilt von

Herrn Dr. B. E. in Weimar.

In einem Weiderechtsstreite des Großherzogl. S. Fiscus wider die Gemeinde S. war nach geführtem Be- und Gegenbeweise letztinstanzlich entschieden worden: die beklagte Gemeinde habe das libellirte Hutungsrecht anzuerkennen, — dafern Seiten des klagenden Staatsfiscus ein Erfüllungseid (de credulitate) dahin werde geschworen werden: daß von den Pachtern des Kammergutes zu M. bezüglich deren Dienstleuten die Flur S., sobald und soweit solche nach den gesetzlichen Erfordernissen der Hutung offen, das ganze Jahr hindurch wöchentlich einen Tag mit der sog. Hammelheerde seit 31 Jahren 6 Monaten 3 Tagen, vom Jahre 1836 an zurückgerechnet, frei, offen und ungehindert beweidet worden sei.

Der Fiscus erklärte sich zur Eidesleistung auch bereit; — nur verlangte er, daß die Eidesformel, damit sie mit den vorliegenden Beweiszeugenaussagen — welche er näher bezeichnete — in Einklang gebracht werde, eine dergestaltige Formulirung erhalte, als ob in dem obigen Erkenntnisse nach den Worten „soweit solche (die Flur S.) nach den gesetzlichen Erfordernissen der Hutung offen" — mit Hinweglassung der Worte „das ganze Jahr hindurch" — die Worte „im Uebrigen aber ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit im Jahre und soweit nicht in übeler Witterung, in dem Mangel an Weide, oder sonst ein Abhaltungsgrund auf Seiten des Gutes oder der Dienstleute desselben vorgelegen", hinzugefügt wären.

Hiergegen remonstrirte jedoch der Actor der Gemeinde, auf die Rechtskraft des im Mittel liegenden Erkenntnisses sich stützend. Der Procurator fisci begehrte daher nunmehr eine rechtliche Entscheidung darüber: ob und inwieweit es statthaft und ausreichend erscheine, daß der erkannte Eid in der Maaße, wie dazu sich erboten worden, ausgeschworen werde, indem er vorstellte: eine Normirung des Eides in jener Maaße müsse um so unbedenklicher erscheinen, als a) die klägerischer Seits gewünschten Modificationen — weit entfernt, in die merita causae einzugreifen oder einen abändernden Einfluß darauf zu bezwecken — schon von der Natur der Sache an die Hand gegeben seien und ihre Begründung darin fänden; b) das Gericht, wenn es einen erkannten Eid — zumal einen einer Partei auferlegten (jur. necessarium) — wozu ihm unter Umständen, wie den vorliegenden (cf. L. 34. §. 5. D. de jure jurando [12. 2.]), an und für sich das Recht unstreitig zustehe — demgemäß und so normire, daß insbesondere alles Verfängliche (cf. Gönner, Handbuch des Processes, Bd. 2. Nr. XLIX. §. 1. S. 504.) daraus entfernt werde, nur einer richterlichen Pflicht genüge, endlich aber c) von einem

bereits rechtskräftig normirten — weil in das vorgenommenen — Eide schon darum (cf. Seuffert, Handb. des deutschen Civilprocesses, Bd. 3. S. 372.) sicher nicht die Rede sein könne, weil darüber, wie das fragliche Suppletorium zu normiren sein würde, vor der Ertheilung jenes Erkenntnisses eine Conteſtation unter den Parteien — ein wechſelſeitiges Gehör derſelben — gar nicht ſtattgefunden habe, ja noch gar keine Veranlaſſung zu einem ſolchen gegeben geweſen ſei, — jener Endbeſcheid alſo inſoweit den Charakter einer bloßen interlocutio mera an ſich trage.

Das Kreisgericht Weimar decretirte hierauf am 10. September 1852: es ſei dem Antrage des Procurators des Großherzogl. Staatsfiscus gemäß die fragliche Eidesformel dahin zu faſſen:

> „daß man auf Seiten des Schwurbeamten nicht anders wiſſe, glaube und dafür halte, als daß von den Pächtern des Großherzoglichen Kammerguts M., bezüglich deren Dienſtleuten, die Flur S., ſoweit ſolche nach den geſetzlichen Erforderniſſen der Hutung offen, im Uebrigen aber ohne Beſchränkung auf eine gewiſſe Zeit im Jahre, und ſoweit nicht in übler Witterung, oder in dem Mangel an Weide ein Abhaltungsgrund auf Seiten des Gutes oder der Dienſtleute deſſelben vorgelegen, wöchentlich Einen Tag mit der ſogenannten Hammelheerde ſeit 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, vom Jahre 1836 an zurückgerechnet, frei, offen und ungehindert beweidet worden ſei",

der rechtskräftig (im Erkenntniſſe des Großherzogl. Oberappellationsgerichts zu Jena vom 29ſten Auguſt 1850) erkannte Erfüllungseid daher in ſolcher Weiſe von Seiten des Großherzogl. Fiscus abzuleiſten, dagegen habe der Antrag inſoweit nicht Statt, als nach den Worten: „oder in dem Mangel an Weide" die Worte „oder ſonſt" eingeſchaltet werden ſollen.

Dieſem Beſcheide wurden folgende Gründe unterlegt:

„Das Recht und die Pflicht des Proceßrichters in Fällen, wo die Parteien über die Abfaſſung der Eidesformel ſtreitig ſind, Entſcheidung zu geben, iſt an ſich nach l. 34. §. 5. D. de jur. jur. (12, 2.) ſowohl in Anſehung des angetragenen, als auch hinſichtlich des richterlich auferlegten Eides unbeſtritten.

Es hat ſich aber dieſes, ſelbſt Amtswegen zu übende, Entſcheidungsrecht beſonders dadurch zu äußern, daß die Eidesfaſſung nicht nur Mentalreſervationen ausſchließe, ſondern daß ſie auch nur auf rechtlich erhebliche Umſtände gerichtet, daß ſie, dem Zwecke des zugeſchobenen, bezüglich erkannten Eides und der rechtlichen Lage der Sache entſprechend, beſtimmt werde. Glück, Pandectencomment., Bd. 12. S. 335. 336. In Anwendung deſſen auf den vorliegenden Fall iſt nun nicht zu verkennen, daß die durch die Vertretung des Großherzogl. Staatsfiscus beantragte Eidesfaſſung, ſoweit dieſelbe im vorſtehenden Decrete Berückſichtigung gefunden hat, nicht nur dem wahren Sachverhältniſſe in factiſcher und rechtlicher Beziehung vollkommen entſpricht, ſondern hierbei zugleich auch geeignet iſt, dem Bedenken zu begegnen, welches ein gewiſſenhafter Vertreter des Fiscus in Ableiſtung des Eides, gegenüber dem Wortlaute der Klage und der entſprechenden Beſtimmung des Erkenntniſſes vom 29ſten Auguſt 1850, nicht ohne Grund nehmen könnte.

Soviel nämlich inſonderheit die ſtatt der Worte: „das ganze Jahr hindurch" in Antrag gebrachte Faſſung: „im Uebrigen aber ohne Beſchränkung auf eine gewiſſe Zeit im Jahre" betrifft, ſo fällt in die Augen, daß letztere der Sache nicht nur vollkommen entſpricht, ſondern auch einem mindeſtens ſcheinbaren Widerſpruche vorbeugt, welcher in den Worten: „das ganze Jahr hindurch" im Zuſammenhalt mit den zunächſt vorhergehenden, etwas allgemein gefaßten Worten: „ſoweit ſolche (die Flur) nach den geſetzlichen Erforderniſſen der Hutung offen", gefunden werden könnte. Es verdient daher die beantragte Faſſung hier ſchon deshalb den Vorzug, um ſo mehr, als dieſelbe der Sache und dem Sinne nach mit dem Klaginhalte vollkommen übereinſtimmt.

Ebenſowenig Bedenken konnte die beantragte Einſchaltung der Worte: „ſoweit nicht in übler Witterung, oder in dem Mangel an Weide ꝛc." finden. Vielmehr hat dieſer Zuſatz der Sache und den Acten völlig gemäß erſcheinen müſſen. Denn es liegt nicht nur in der Natur der Sache, daß, zumal ein von dem berechtigten Grundſtück ſo entfernt liegendes Weidelocal, als die Flur S. von M. aus, bei übler Witterung, wie bei Mangel an Weide in jener, der offenen Triftzeit ungeachtet, ohne Nachtheil für die Heerde und bezüglich ſelbſt für die triftleidende Flur, nicht betrieben werden kann, ſondern es führt auch das Ergebniß der Beweiszeugenausſagen, wie es anders nicht wohl ſein konnte, eben darauf hin. Vergl. Zeuge — zu Beweisart. — Zeuge — zu Beweisart. — Zeuge — zu Beweisart. — Es erſcheint daher auch aus dieſem letzteren Grunde die beantragte Einſchaltung, als zugleich auf den vorliegenden Beweisergebniſſen beruhend, vollkommen begründet.

Dem Allen kann aber mit Erfolg die Rechtskraft des in der Sache ergangenen letzten Erkenntnisses nicht entgegengehalten werden, weil durch eine nach obigen Grundsätzen erfolgende Eidesformulirung der Rechtskraft des Erkenntnisses nicht nur nicht zu nahe getreten, vielmehr gerade dem erkannten Eide nur der rechte Ausdruck, die dem Falle entsprechende Fassung gegeben wird. Das in vorliegender Sache ertheilte drittinstanzliche Erkenntniß hat in Beziehung auf das in Rede stehende Suppletorium zunächst die Worte der Klage und des erstinstanzlichen Bescheides beibehalten; allein nichtsdestoweniger sind die obigen Grundsätze wegen Allgemeinheit der in l. 34. §. 5. cit. ertheilten Vorschrift auch hier anwendbar, und es hat hiernach das obengedachte Erkenntniß keiner der Parteien gegründete Ausstellungen, die Fassung der Eidesnorm betreffend, benehmen wollen und benommen. Ein derartiger Ausschluß würde mit mehrerem Grunde nur dann erst in Antrag gestellt werden können, wenn Gehör beider Theile über die Eidesnormirung erfolgt und hierauf richterliche Entscheidung ertheilt wäre, weil, wie auch in der Eingabe des Großherzogl. Staatsfiscus vom 10. d. M. sub 2. c. angeführt ist, erst dann von einer die Eidesformel befassenden Rechtskraft die Rede sein könnte.

Allein anders verhält es sich in Ansehung der Worte „oder sonst ein Abhaltungsgrund auf Seiten des Gutes oder der Dienstleute desselben vorgelegen", deren Einschaltung gleichfalls beantragt ist. Dieser Satz lautet in seiner Fassung offenbar zu allgemein, er läßt einen zu umfassenden und deshalb zu unbestimmten Sinn zu, gewinnt auch weder durch das Wesen der Sache, noch durch die vorliegenden Beweiszeugenaussagen einen Stützpunkt. Es leuchtet ein, daß sich unter diesen so allgemein lautenden Satz der Fall subsumiren ließe, in welchem das Kammergut M. die Flur S. je alle acht Tage beweiden zu lassen etwa deshalb unterlassen hätte, weil man sich nicht für befugt gehalten, die genannte Flur so oft mit der Hammelheerde betreiben zu lassen. Gerade dieselben Gründe, welche oben für die richterliche Befugniß und Pflicht zu sachgemäßer Bestimmung der Eidesnorm im Allgemeinen und für die Berücksichtigung der dort näher besprochenen Anträge im concreten Falle angeführt wurden, stellen die rechtliche Unthunlichkeit dar, den in Rede stehenden Worten „und sonst" die beantragte Stelle in dem vorliegenden Eide zu verstatten."

Hierbei ließ es auch das Appellationsgericht in Eisenach Inhalts seines Erkenntnisses vom 28. Januar 1853, der von beiden Theilen eingewendeten Berufung ungeachtet, lediglich bewenden, — und zwar aus nachfolgenden Motiven, in welchen zugleich ein in der gegenwärtigen Instanz vom Procurator fisci bezüglich der Formulirung der fraglichen Eidesnotul gestellter weiterer Antrag seine Würdigung fand:

„Was

I. die Appellation der Beklagten betrifft, so kann zuvörderst der Ansicht derselben nicht beigepflichtet werden, daß durch das in der Sache ergangene letztinstanzliche Erkenntniß Bl. — der Acten der Seitens des Klägers abzuleistende Erfüllungseid in der Weise rechtskräftig normirt sei, daß von der in diesem Erkenntnisse enthaltenen Wortfassung des Eides nicht mehr abgegangen werden könne; es muß vielmehr mit dem Kreisgericht angenommen werden, daß in jenem Erkenntnisse nur der Inhalt und die Richtung des zu leistenden Erfüllungseides im Allgemeinen angegeben werden sollte. Denn bei Ertheilung jenes Erkenntnisses war die specielle Normirung der Eidesformel gar nicht in Frage; es handelte sich vielmehr in Bezug auf den in erster und zweiter Instanz erkannten Erfüllungseid nur darum, ob überhaupt der Beweis des Klaggrundes soweit erbracht sei, daß sich dieser Erfüllungseid rechtfertige; wenn nun in dem drittinstanzlichen Erkenntnisse unter Weglassung des einen Theils des in den früheren Instanzen erkannten Eides, welcher sich auf die Verpachtung des Kammergutes M. bezog, dieser Eid darauf beschränkt worden ist, daß von den Kammergutspächtern die Flur S. während der Verjährungszeit in der in der Klage angegebenen Weise behütet worden sei, so leuchtet ein, daß hierin kein Ausspruch über die Eidesformel enthalten, daß vielmehr nur der wesentliche Inhalt des Eides dadurch festgestellt worden ist, über dessen Fassung immerhin noch ein rechtliches Gehör der Parteien und eine richterliche Entscheidung statthaft erscheint. Da nun der erkannte Erfüllungseid auf die Aussagen der vernommenen Zeugen sich gründet, so entspricht es vollkommen dem Sinne dieses Eides, wenn derselbe mit Rücksicht auf den Inhalt der Zeugenaussagen genauer formulirt wird. Die Zeugen haben aber die Ausübung des libellirten Triftrechts während der Verjährungszeit im Allgemeinen bestätigt, und es ist nur deshalb noch auf einen Erfüllungseid erkannt worden, weil für einzelne Zeiträume nur die Aussage eines einzigen Zeugen vorliegt; es haben aber die meisten Zeugen, wenn sie auch die allwöchentliche Ausübung des libellirten Triftrechts als die Regel bestätigt haben, doch angegeben, daß Ausnahmen von dieser Regel vorgekommen seien, welche in schlechter Witterung, in Mangel an Weide, oder in der zu großen

Entfernung der S—r Flur von M. ihren Grund gehabt hätten; cf. die Aussagen des Zeugen — zu Art. —, des Zeugen — zu Art. —, des Zeugen — zu Art. —, des Zeugen — zu Art. —, des Zeugen — zu Art. —.

Wenn nun trotz dieser von den Zeugen angegebenen Ausnahmsfälle auf einen Erfüllungseid darüber erkannt worden ist, daß die Flur S. das ganze Jahr hindurch, und zwar mindestens wöchentlich einen Tag, mit der sogenannten Hammelheerde seit 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, vom Jahre 1836 zurückgerechnet, stets frei, offen und ungehindert beweidet worden sei, so leuchtet ein, daß jenen Ausnahmsfällen kein solches Gewicht beigelegt worden ist, daß dadurch der Beweis der wöchentlichen Ausübung des behaupteten Triftrechtes alterirt zu werden vermöchte, da trotzdem dieser Beweis als bis zur Hälfte erbracht angesehen worden ist; es leuchtet aber auch ein, daß ein „gewissenhafter" Schwurmann Bedenken tragen muß, unter diesen Umständen die allwöchentliche Ausübung des fraglichen Triftrechtes während des ganzen Verjährungszeitraums zu beschwören, und doch würde es dem Sinne des auf die Aussagen eben der Zeugen, welche die vorgekommenen Ausnahmen bezeugt haben, gegründeten Erfüllungseides geradezu widersprechen, wenn dieser Eid deshalb, weil die allwöchentliche Ausübung der Trift in Rücksicht auf jene Zeugenaussagen nicht beschworen werden kann, für verweigert angesehen werden sollte. Es entspricht vielmehr dem Sinne des Erkenntnisses, wenn bei Normirung der Eidesformel auf die bezeugten Ausnahmen von der allwöchentlichen Betriftung der Flur S. Rücksicht genommen wird.

Es erscheint daher die klägerischer Seits beantragte Aufnahme der Worte: „soweit nicht in übler Witterung, oder in Mangel an Weide ein Abhaltungsgrund auf Seiten des Gutes, oder der Dienstleute desselben vorgelegen", in die Eidesformel durchaus gerechtfertigt, da diese beiden Gründe, aus welchen die Betriftung der S—r Flur nicht immer allwöchentlich geschehen ist, von den Zeugen ausdrücklich hervorgehoben worden sind. Ebenso rechtfertigt sich die Einschaltung der Worte: „bezüglich deren Dienstleuten", da die Betriftung nicht durch die Kammergutspächter selbst, sondern durch die in ihren Diensten stehenden Schäfer geschehen ist; nicht minder rechtfertigt es sich, daß statt der im Erkenntnisse enthaltenen Eidesworte: „sobald und soweit solche (die Flur S.) der Hutung offen, das ganze Jahr hindurch" in die Eidesformel die Worte substituirt worden sind: „soweit solche der Hutung offen, im Uebrigen aber ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit im Jahre", da hierdurch der in jenen Worten liegende, wenigstens scheinbare Widerspruch vermieden wird.

II. Die klägerische Appellation ist dagegen gerichtet, daß in der decretirten Eidesformel die vom Kläger ebenfalls beantragten Worte: „oder sonst" vor den Worten „ein Abhaltungsgrund" wegbleiben sollen. Es kann aber auch diese Appellation nicht für begründet erachtet werden, indem vielmehr dem Großherzogl. S. Kreisgericht beigepflichtet werden muß, daß die Worte: „oder sonst ein Abhaltungsgrund" wegen ihrer zu großen Allgemeinheit und Unbestimmtheit nicht mit in die Eidesformel aufgenommen werden können.

In der Appellationsausführungsschrift ist unter Beziehung auf die Aussagen der Zeugen auseinander gesetzt worden, daß unter jenen Worten zwei bestimmte, von den Zeugen ebenfalls angegebene Abhaltungsgründe zu verstehen seien, nämlich, daß M—r Kammergutsvieh krank gewesen, oder daß bei zu großer Entlegenheit der Flur S. eben vorhandene nähere Weide benutzt worden sei; es wird daher ein nachträgliches Decret dahin beantragt, daß statt der Worte „oder sonst" die Sätze in die Eidesformel aufzunehmen seien: „oder in Krankheit des M—r Schafviehes, oder zu großer Entlegenheit der S—r Flur bei eben vorhandener näherer Weide".

Das ist aber ein ganz neuer Antrag, auf welchen sich das kreisgerichtliche Decret, gegen welches appellirt ist, nicht beziehen konnte, und auf welchen sich daher auch die Entscheidung in der Appellationsinstanz nicht mit erstrecken kann, vielmehr hat das Kreisgericht zunächst erstinstanzlich darüber zu erkennen."

Als nunmehr der Procurator fisci beim Kreisgericht auf Ertheilung eines solchen anderweiten Erkenntnisses antrug, decretirte das Kreisgericht am 12. April 1853, daß diesem Antrage zwar insoweit zu fügen, als in die im Decrete vom 10. September 1852 aufgestellte Eidesformel nach den Worten: „in dem Mangel an Weide", noch die Worte aufzunehmen: „oder in Krankheit des M—r Gutsschafviehes", — im Uebrigen aber jener Antrag nicht zu berücksichtigen.

Begründet wurde diese Entscheidung wie folgt:

„Bei Beurtheilung der Zulässigkeit des der vorstehenden Entscheidung unterzogenen Antrags des Procurators kommt es darauf an, die beiden Sätze, deren Aufnahme in die Eidesformel er jetzt noch beansprucht, hinsichtlich der Art der Behinderung, von welcher darin in Beziehung auf die zeitweise ausgesetzte Beweidung der Flur von S. durch die

M—r Gutsheerden die Rede iſt, näher zu prüfen. Es ergiebt ſich von ſelbſt, daß Hinderniſſe, welche die wöchentliche Weidebenutzung der S—r Flur mit Nothwendigkeit nicht zuließen, und zugleich nur vorübergehend eintreten, ſich, wenn — wie hier — von Erwerbung und Behauptung des entſprechenden Weiderechts die Rede iſt, von ſolchen Abhaltungsgründen weſentlich unterſcheiden, deren Beachtung lediglich in der Willkür und im Belieben des Schäfereiinhabers, bezüglich ſeiner Dienſtleute ſtand, welche demnächſt nicht etwa nur vorübergehende waren, vielmehr aus den Eigenſchaften des herrſchenden oder dienenden Gutes ſelbſt folgten. Während Abhaltungen jener Art, ſobald ſie als unvermeidliche, von der Willkür des Inhabers der Heerden unabhängige erwieſen ſind, ohne Weiteres die Folgerung ausſchließen, es habe dem letzteren die Abſicht der Beſitzesausübung gemangelt, als die Ausübung des fraglichen Weiderechts zeitweiſe unterblieb, ſo iſt dies bei Abhaltungsgründen der andern Art wenigſtens in Zweifel geſtellt. Bei dieſem kann es daher nur auf die Thatſache der Beſitzesausübung ſelbſt ankommen, da die unterlaſſene Ausübung in der Willkür des Unterlaſſenden lag.

Dies auf den vorliegenden Fall angewendet, ſo fällt in die Augen, daß die zeitweilige Krankheit des M—r Schafviehes jener erſten Klaſſe von Behinderungsgründen angehört. Und da ſich nun auch aus der Vernehmlaſſung des Beweiszeugen — zu Art. — und — ergiebt, daß jeweilige, inſonderheit im Jahre 1838 vorgekommene Krankheit des M—r Gutsſchafviehes am Auftreiben deſſelben in die Flur S. abgehalten habe, ſo erſchien es den dem Decrete vom 10. September vorigen Jahres beigegebenen Gründen ganz entſprechend, den in Rede ſtehenden Satz in die Eidesformel ausdrücklich aufzunehmen.

Dagegen wies ſich nach dem Angeführten die Einſtellung des andern Satzes: „oder in zu großer Entlegenheit der S—r Flur bei eben vorhandener näherer Weide" in die Eidesformel als unthunlich aus. Auf dieſen Satz iſt ganz dasjenige anwendbar, was oben von den mit der Beſchaffenheit des herrſchenden oder dienenden Grundſtücks zuſammenhängenden Gründen des zeitweiſe nicht ausgeübten Weiderechts geſagt wurde.

Der Zuſatz: „bei eben vorhandener näherer Weide" kann das Bedenken nicht heben, weil derſelbe nicht einmal durch genaue Angabe hinſichtlich der Ergiebigkeit weniger entfernter Weideplätze näher motivirt iſt, und weil es bei der aus den Zeugenausſagen hervorgehenden beträchtlichen Umfänglichkeit des dem Kammergute M. zuſtehenden Weidereviers an näherer Weide präſumtiv wohl nie ganz hat fehlen können.

Dazu kommt, daß durch die klägeriſcher Seits in der Berufungsausführungsſchrift vom — Novbr. v. J. ausgehobenen Ausſagen der Beweiszeugen ein genügendes Anhalten nicht einmal dafür gewonnen iſt, daß das Eintreiben in die Flur von S. wegen deren Entlegenheit nur dann unterblieben ſei, wenn eben nähere Weide vorhanden geweſen. Der Zeuge — ſagt zu Art. — mit ziemlicher Unbeſtimmtheit über den Grund ſeines längern Wegbleibens mit der Heerde aus der Flur S.:

„vielleicht auch, weil in der Nähe gute Weide war",

und Zeuge — zu demſelben Artikel:

„und weil ich ſpäterhin in andern Triftdiſtricten immer mehr Gras und Weide traf, als in der S—r Flur" —,

in welchen Worten von der ſpätern Zeit des Jahres die Rede zu ſein ſcheint.

Dagegen wird von den meiſten Zeugen mit der Entfernung der Flur S. von M. die zeitweiſe üble Witterung und der dadurch herbeigeführte ungünſtige Weg für das Schafvieh, z. B. zu Beweisartikel —, in Verbindung gebracht, in welchem Betrachte daher durch den ſchon nach dem Decrete vom 10. Septbr. v. J. in die Eidesformel aufgenommenen Satz: „oder in übler Witterung" zugleich auch dem vorliegenden Antrage der Klägerſchaft von ſelbſt theilweiſe Genüge geleiſtet iſt."

Und auch dieſe Entſcheidung beſtätigte das Appellationsgericht zu Eiſenach (30. Auguſt 1853), als die Gemeinde und der Fiscus Berufung dawider einwendeten, unbedingt.

„Denn" — ſagen die Urtheilsgründe — „anlangend

1. die Appellation der Beklagten, welche ſich deshalb beſchwert erachtet, weil der Antrag des Fiscus auf weitere Einſchaltungen in die Formel des von ihm abzuleiſtenden Erfüllungseides nicht gänzlich verworfen worden, ſo ſtützt ſich dieſe Appellation darauf, daß der bereits in der Sache vorliegenden rechtskräftigen Entſcheidung gegenüber, wonach der früher beantragte Zuſatz: „oder ſonſt" als unzuläſſig aberkannt worden, dem Fiscus nicht geſtattet ſein könne, andere Zuſätze zu beantragen, daß vielmehr die Beklagte nunmehr ein entſchiedenes formelles Recht für ſich habe, daß der Eid ſo geſchworen werde, wie derſelbe rechtskräftig formulirt ſei.

Allein es iſt in Folge des über die Normirung des Eides geführten Incidentſtreites rechtskräftig nur entſchieden, daß in die Eidesformel die in dem frühern Decrete des Großherzogl. Kreisgerichts für

statthaft erachteten Aenderungen und Zusätze aufzunehmen sind, daß dagegen der ebenfalls beantragte Zusatz: „oder sonst" nicht aufzunehmen ist; daß aber statt der letzten Worte kein anderer Zusatz aufgenommen werden könne, dafür liegt kein rechtskräftiger Ausspruch vor; vielmehr ist in den Gründen unseres Erkenntnisses vom 28. Januar d. J. Bl. — ausgesprochen, daß über den vom Fiscus in seiner Appellationsausführungsschrift gestellten neuen Antrag das Kreisgericht erstinstanzlich zu entscheiden habe, woraus hervorgeht, daß dieser Antrag formell nicht für unstatthaft erachtet worden ist. In der That liegt auch kein Grund hierfür vor, da keine Präclusivfrist bestimmt ist, innerhalb welcher auf die Eidesnormirung bezügliche Anträge hätten gestellt werden müssen. Es fragt sich daher nur, ob der nachträgliche Antrag des Fiscus materiell gerechtfertigt ist? und daß dies, soweit demselben vom Großherzogl. Kreisgericht stattgegeben worden, der Fall ist, läßt sich nicht bezweifeln; denn ganz dieselben Gründe, welche in unserm frühern Erkenntnisse für die Statthaftigkeit der damals beantragten Zusätze (mit Ausnahme der Worte: „oder sonst") angeführt worden sind, sprechen offenbar ebenso für den neuen Zusatz: „oder in Krankheit des M—r Gutsschafviehes", da einer der Zeugen, auf deren Aussagen der erkannte Erfüllungseid sich gründet, diesen Grund, weshalb er die Flur S. mit der von ihm geführten Heerde nicht jede Woche einmal, wie es ihm von seinem Dienstherrn geheißen worden war, betristet habe, ausdrücklich mit angegeben hat (Zeuge — zu Beweisart. — und —).

II. Anlangend die Appellation des Klägers, welcher sich deshalb beschwert findet, weil nicht auch der von ihm weiter beantragte Zusatz: „oder in zu großer Entlegenheit der S—r Flur bei eben vorhandener näherer Weide" in die Eidesformel mit aufgenommen worden ist, so hat zwar zum Beweisart. — der Zeuge — als Grund dafür, daß er die Flur S. nicht jede Woche einmal betristet, angegeben: „vielleicht auch, weil in der Nähe gute Weide war", und Zeuge —: „weil ich in den andern Tristdistricten immer mehr Gras und Weide traf, als in der S—r Flur (Bl. —). Allein es muß dem Kreisgericht beigepflichtet werden, daß dieser Abhaltungsgrund keine Berücksichtigung finden kann; denn es leuchtet ein, daß derselbe gar nicht auf einem die Möglichkeit der Ausübung des fraglichen Tristrechts ausschließenden, oder auch nur die Ausübung erschwerenden Hinderniß beruht, wie dies bei den übrigen in die Eidesnotul aufgenommenen Abhaltungsgründen der Fall ist; da vielmehr die Entlegenheit der S—r Flur ein fortdauernder Zustand ist, und da sich aus den Aussagen jener Zeugen nicht entnehmen läßt, daß es regelmäßig an näherer Weide gefehlt habe, so stellt sich jener Abhaltungsgrund in der That als ein rein willkürlicher dar, bei dessen Berücksichtigung es an allem Anhalte für die regelmäßige Ausübung des behaupteten Tristrechts fehlen würde. Sicherlich würde auch, wenn sämmtliche Zeugen sich in gleicher Weise herausgelassen hätten, der Beweis der allwöchentlichen Ausübung des Tristrechts nicht bis zum Erfüllungseide für erbracht haben erachtet werden können, und es kann daher auch bei Normirung dieses Eides auf jene Aussagen keine Rücksicht genommen werden."

## 27.

### Zu Artikel 245. des Criminalgesetzbuchs.

Mitgetheilt von

Herrn Act. G. in Z.

Der bei der Leihanstalt in Z. als Taxator eidlich in Pflicht genommene Goldarbeiter H. war in der wider ihn wegen Betrugs eingeleiteten Untersuchung wiederholt geständig gewesen, seit einer Reihe von Jahren entweder selbst oder durch andere Personen eine große Anzahl Gegenstände von nur geringem oder auch gar keinem Werthe gegen seine Instruction zum Versatze gebracht und letztere unter Mißbrauch seines Amtsverhältnisses zu einem unverhältnißmäßig hohen Werth abgeschätzt, nächstdem aber jedesmal einen mit dieser Taxe im Einklange stehenden hohen Pfandschilling in Empfang genommen zu haben.

Das Königl. Appellationsgericht zu Budissin erachtete es in seinem Erkenntnisse vom 26. October 1853 für unbedenklich, daß H. durch diese Handlungsweise des im 2ten Abschnitte des 254sten Artikels des Criminalgesetzbuchs gedachten ausgezeichneten Betrugs sich schuldig gemacht habe und belegte H. mit Hinblick auf das 718 Thlr. 26 Ngr. 1 Pf. betragende Gesammtobject mit Zuchthaus zweiten Grades in die Dauer von vier Jahren.

Auf anderweite Vertheidigung setzte das Königl. Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 21. November 1853 die H.'n zuerkannte Strafe auf Arbeitshaus in derselben Dauer herab, und zwar aus folgenden Gründen:

„Die Vorschrift des 254sten Artikels des Criminalgesetzbuchs ist nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts nicht auf alle solche Fälle anwendbar, in welchen dem Betrüger durch seine öffentliche Stellung die von ihm benutzte Gelegenheit zur Ver-

übung des Betrugs geboten ward, insbesondere auch dann nicht, wenn er seine Stellung zu der Behörde oder Corporation, deren öffentlicher Diener oder Beamter er ist, benutzt, um sich am Eigenthume dieser betrüglicher Weise zu bereichern. Denn obschon sich nicht verkennen läßt, daß die Bestimmung des 243sten Artikels, in welchem beim Verbrechen der Veruntreuung unter ganz analogen Verhältnissen härtere Strafen eintreten, darauf hindeuten könnte, daß auch beim Verbrechen des Betrugs hinsichtlich verpflichteter Personen im Gesetz eine strengere Bestrafung beabsichtigt worden sei, so führt doch die Stellung des Artikels nach dem 253sten Artikel darauf hin, daß wie in diesem letztern ein religiöser Glaube und die durch denselben beseitigte Prüfung der Wahrheit eines vorgegebenen thatsächlichen Verhältnisses, so im Falle des 254sten Artikels das größere Vertrauen, welches öffentliche Behörden zu beanspruchen haben, und welches den wirklichen oder vorgeblichen Beamteten vor genauerer Prüfung der in amtlichen Eigenschaften gegebenen Versicherungen, Privatpersonen gegenüber, in den meisten Fällen schützt, bei der Täuschung mit gewirkt, den Erfolg der Täuschung bedingt, oder doch begünstigt haben, um den Betrug im Sinne des Artikels 254. zum gesetzlich ausgezeichneten zu machen. Die besondere Bestimmung des 243sten Artikels nöthigt aber auch nicht zur Annahme der im vorigen Erkenntnisse gebrauchten weiteren Auslegung des 254sten Artikels, da die anscheinend beim Verbrechen des Betrugs vorhandene Lücke der Gesetzgebung beim Verbrechen des Diebstahls eben auch vorhanden sein würde, wenn nicht durch die Bestimmung des 42sten Artikels schon im Allgemeinen für angemessen härtere Bestrafung derartiger Verbrechen beamteter Personen gegen die Behörden selbst Fürsorge getroffen wäre.

Nun liegt aber gegenwärtig ein Fall der Art, in welchem die Achtung vor der amtlichen Stellung des Betrügenden der Täuschung Eingang verschafft hätte, nicht vor, und der Uebergang in die höhere Strafart, in Folge dessen statt vier Jahre Arbeitshaus, die nach Artikel 245. H. an sich verwirkt hat, auf eine Zuchthausstrafe zweiten Grades in der Dauer von vier Jahren erkannt worden ist, konnte deshalb von dem Oberappellationsgerichte nicht bestätigt werden.

Wohl aber hatte man das an sich gewählte Strafmaaß von vier Jahren Arbeitshaus bei der Größe des durch den Betrug dem Leihhause zu Z. zugezogenen Verlustes, sowie bei dem bedeutenden Gewinne, den H. gezogen, in objectiver, und bei der Verwerflichkeit seiner Handlungsweise, in subjectiver Hinsicht, als keine zu harte Ahndung anzuerkennen."

## 28.

**Der curator bonorum hat Unkostenvorstand zu bestellen, wenn er Klage erhebt.**

Mitgetheilt von

Herrn G. in D.

In einer vor dem K. Justizamte Pirna anhängigen Ordinarklagsache des zu dem Vermögen Johann Samuel A.'s bestellten cur. bon., Klägers, entgegen Carl Gottfried R., Beklagten, hat das K. Appellationsgericht zu Dresden am 9. November 1853 sich für diese Ansicht in einem Erkenntnisse ausgesprochen und in den Gründen dazu Folgendes bemerkt:

„Der Kläger kann sich nicht entbrechen, den geforderten Kostenvorstand zu leisten.

Nach ausdrücklicher Bestimmung der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XIII. sind in allen und jeden Processen — soweit nicht durch spätere Gesetze eine, jedoch auf den gegenwärtigen Fall nicht Anwendung leidende Abänderung eingetreten ist — die Kläger wegen der Kosten Vorstand zu bestellen verbunden, und hiervon nur Diejenigen, welche das Armenrecht erlangt haben, sowie die Angesessenen und die ihnen gleich zu Achtenden ausgenommen.

Den Letzteren werden zwar die Besitzer von Kramläden und Apotheken, Nutznießer und besoldete Beamtete, nicht minder ganze corpora und universitates beigezählt. Die in Folge ausgebrochenen Creditwesens entstehende Gemeinschaft der Gläubiger kann aber unter die letztere Kategorie keinesfalls gestellt werden, weil hier nur vermöge öffentlichen Rechtes anerkannte Corporationen und Gemeinheiten, nicht aber Vereine von Privatpersonen zu verstehen sind.

Biener, systema process. jud. (edit. III.) §. 48 not. 11.

In dieser Maaße hat das K. Appellationsgericht allhier auch im Jahre 1843 in Sachen des zu Adolph Victor's Creditwesen bestätigten Gütervertreters, Klägers, w. Löbel Aaron, Beklagten, erkannt."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 26 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem pränumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 16.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 29.

**Executionsproceß auf Grund von Geständnissen, welche in einer Untersuchungssache abgelegt worden sind. — Liquidität des diesfallsigen Anspruchs.**

Mitgetheilt von
Herrn G. in D.

Unterm 17. September 1853 erhob der Staatsfiscus im K. S. gegen den vormaligen Rentbeamten Dr. Pf. in M. Executionsklage auf Bezahlung von 8184 Thlrn. 1 Ngr. 3 Pf. sammt Verzugszinsen unter dem Anführen, daß der Beklagte eine gleich hohe Summe geständigerweise laut der wider ihn ergangenen Untersuchungsacten im Jahre 1848 aus der ihm anvertrauten Rentamtscasse eigenmächtig entnommen habe. Der Beklagte bestritt die Zulässigkeit des Executionsprocesses aus verschiedenen Gründen, welche in den nachstehenden Entscheidungen mit aufgeführt sind, und bezog sich insbesondere darauf, daß der Staatsfiscus durch seine innebehaltene Dienstcaution von 2000 Thlrn. —·—· und durch Steinvorräthe seiner Steinschleifereifabrik, sowie durch Außenstände (die er ihm im Betrage von 6792 Thlrn. 13 Ngr. 1 Pf., gleichviel ob an Zahlungsstatt oder pfandweise, laut angezogenen öffentlichen Urkunden überlassen habe) mehr als erforderlich gedeckt sei. Die Gerichte zu St., als Proceßbehörde, wiesen nach abgehaltenem Verhörstermin unterm 21. Januar 1852 die Klage aus den sub I. folgenden Gründen angebrachtermaaßen ab, welche Entscheidung auch durch das K. Appellationsgericht zu Leipzig und das K. Oberappellationsgericht unterm 14. April und 12. August 1853 aus den sub II. und III. beigefügten Gründen bestätigt wurde.

I.

„Von den der Klage zu Grunde gelegten Documenten kommt an sich im Zusammenhange mit den übrigen das sub B. (ein Amtsprotokoll) vorzugsweise in Betracht. In demselben hat Beklagter angegeben, daß er aus mehreren ihn anvertrauten Staatscassen nach und nach die Bl. — berechnete Summe vorschußweise entnommen und zu einem im Interesse des Staates begründeten Unternehmen einer Steinschleifereifabrik verwendet, auf diese Weise aber einen Cassendefect von 8184 Thlrn. 1 Ngr. 3 Pf. verhangen habe.

Man kann annehmen, daß aus diesem Anführen, zumal in Hinblick auf die dem Beklagten ertheilt gewesene Dienstinstruction, gegen deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall Letzterer etwas Erhebliches nicht vorgebracht hat, das Bekenntniß des Beklagten resultirt, daß er dem Staatsfiscus die so eben angegebene Summe schuldig geworden sei, ein Bekenntniß, dessen Gültigkeit dadurch allein, daß es Beklagter im Laufe einer wider ihn anhängig gewesenen Untersuchung und vor dem Untersuchungsrichter abgelegt hat, bekannten Rechten nach nicht beeinträchtigt wird.

Beklagter hat indeß in diesem Protokoll weiterhin erklärt, daß er die dem Staatsfiscus schuldig gewordene Summe, und zwar zum größten Theil durch Ueberlassung der erwähnten Steinschleifereifabrik, mehr als ausreichend ersetzt habe — demselben mithin Nichts mehr schuldig, sondern von ihm ein Guthaben zu fordern berechtigt sei.

Diese Erklärung ist nun zwar Seiten des Gegners nicht ausdrücklich angenommen worden, ins-

besondere mag auch, da hier die Authenticität des Protokolls nicht streitig, sondern lediglich dessen Inhalt in Frage ist, mithin der Grundsatz: testes et documenta per productionem fiant communia unanwendbar erscheint, daraus, daß Kläger bei Inducirung dieses Protokolls dessen ihm nachtheiligen Inhalte nicht widersprochen hat, ein Zugeständniß der Restitutionsbehauptung Beklagtens nicht so schlechthin gefolgert werden. Gleichwohl ist diese Behauptung in Verbindung mit dem, was Beklagter Bl. — hierunter angeführt hat, wie das Nachfolgende ergeben wird, von entscheidender Wichtigkeit.

Um ein vollständiges und sachgemäßes Urtheil über den Sinn einer Urkunde zu gewinnen, ist es nöthig, daß sämmtliche Erklärungen, welche in derselben enthalten sind, in ihrem Zusammenhange und gegenseitigen Verhältnisse aufgefaßt werden. Insbesondere ist, zumal bei einem umfassenden Documente, zu erwägen, in wiefern etwa abgegebene allgemeine Erklärungen durch spätere Auslassungen an sich oder wenigstens der Wirkung nach beschränkt oder aufgehoben werden, und ob man daher im gegebenen Falle von einer Urkunde behaupten könne, daß deren Aussteller oder Unterzeichner durch diese Ausstellung und Unterzeichnung eine Verbindlichkeit habe übernehmen oder anerkennen wollen, oder bei derselben einer solchen Verbindlichkeit sich bewußt gewesen sei.

Wendet man nun diesen Grundsatz auf den Fall an, wo Jemand eine Urkunde für sich anzieht, in welcher der Aussteller zu einer Forderung des Inducenten an ihn sich bekennt, gleichzeitig aber die erfolgte Tilgung der Schuld behauptet, so wird sich die Abweisung des Inducenten, namentlich wenn er den Executionsproceß gewählt hatte, von selbst ergeben. Zu demselben Resultate gelangt man aber, wenn man jenen Grundsatz auf das hier zur Beurtheilung vorliegende Document — Protokoll — anwendet; denn es leuchtet ein, daß Beklagter, da er in derselben Urkunde, in welcher er bekennt, dem Staatsfiscus die geforderte Summe schuldig geworden zu sein, auch mehr als vollen Ersatz derselben behauptet, bei Genehmigung des über seine Erklärungen aufgenommenen Protokolls und Unterzeichnung desselben weit davon entfernt gewesen ist, hiermit dem Staatsfiscus gegenüber eine Verbindlichkeit anzuerkennen.

Von dem Documente A. würde, dessen Geltung für diesen Proceß vorausgesetzt, ganz dasselbe zu sagen sein.

Während in dem Eingange desselben ausgesprochen wird, daß Inculpat, gegenwärtiger Beklagter, dem Staatsfiscus die hier in Frage befangene Summe veruntreut habe, wird in eben demselben später hervorgehoben, daß die veruntreute Summe vollständig ersetzt worden sei; allein es scheint dieses Document für den vorliegenden Fall unanwendbar; denn ein Criminalerkenntniß, schon formell zur Begründung privatrechtlicher Verpflichtungen, außer wo sie als Nebensachen erscheinen, ungeeignet, ist dies auch in materieller Beziehung, da es das Ergebniß von Erwägungen ist, welchen zunächst Gesetze unterliegen und Zwecke zum Gegenstande dienen, die mit den Rationen und dem Zweck eines Civilerkenntnisses in der Regel Nichts gemein haben.

Aus diesen Gründen war des Klägers Suchen in der geschehenen Maaße abzuweisen.

Die Seiten des Beklagten geforderte Recognition und Edition hat sich, wenn auch der hierauf gerichtete Antrag rechtlich begründet gewesen wäre, durch die Entscheidung in der Hauptsache erledigt; als Folge der Letzteren erscheint auch die Verurtheilung des Klägers in Ab- und Erstattung der Kosten."

II.

„Man kann dem Kläger darin beistimmen, daß die von ihm gestellte Executionsklage durch die derselben zu Grunde gelegten Urkunden an sich hinreichend gerechtfertigt werde.

Beklagter, welcher laut der Urkunde Bl. — flg. im Jahre 1851 als Rentamtmann zu M. in Pflicht genommen worden ist, hat Inhalts der Urkunde Bl. — flg. bei einer wegen Cassendefectes im Jahre 1848 wider ihn eröffneten Untersuchung vor besetzter Gerichtsbank zugestanden, daß er aus der ihm anvertraut gewesenen Rentamtscasse zusammen 8158 Thlr. 27 Ngr. 2 Pf. und 25 Thlr. 4 Ngr. 1 Pf. eigenmächtiger Weise entnommen habe. Auch ist derselbe nach Maaßgabe der Urkunde Bl. — flg. wegen dieses Cassendefectes in erster und zweiter Instanz in Gemäßheit der Artikel 242. und 243. in Verbindung mit Artikel 42. und 65. des Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen, mit Zuchthausstrafe zweiten Grades in der Dauer von zwei Jahren belegt worden.

Das von dem Beklagten in der Untersuchungssache abgelegte Geständniß der eigenmächtigen Entnahme der angegebenen Beträge aus den ihm anvertrauten Cassen liefert vollen Beweis für die civilrechtliche Verbindlichkeit desselben zum Ersatze des Entnommenen. Denn es ist ein unbestrittener Grundsatz, daß ein in einer Untersuchung abgelegtes Geständniß für die Civilsache voll beweist, weil nicht zu vermuthen ist, daß Jemand wider die Wahrheit oder ohne reifliche Ueberlegung ein Verbrechen gestehen werde, wegen dessen Verübung er Strafe zu erwarten hat. Auch ist es völlig unbedenklich, aus

einem in einer Unterſuchung richtig aufgenommenen Protokolle den Executionsproceß zuzulaſſen, weil dieſe letztere Proceßart nach §. 86. des Executionsgeſetzes aus öffentlichen, des Anerkenntniſſes nicht bedürfenden Urkunden ſtatthaft iſt, aus welchen der Grund des Anſpruches völlig erhellt.

Wenn der Beklagte hiergegen Bl. — flg. anführt, er habe bei Ablegung des gedachten Geſtändniſſes ſich in dem Zuſtande der körperlichen und geiſtigen Unfreiheit befunden, ſo iſt dagegen zu bemerken, daß dieſes Anführen gänzlich unbewieſen iſt und daher in der vorliegenden Proceßart nicht berückſichtigt werden kann.

Ebenſo ſind die Einwendungen, welche die erſte Inſtanz Bl. — flg. gegen die volle Beweiskraft der Urkunde Bl. — flg. macht, völlig unbeachtliche. Zuvörderſt wird

a) Bl. — zugegeben, daß das von dem Beklagten in der Unterſuchungsſache abgelegte Geſtändniß, den obengedachten Caſſendefect verhangen zu haben, durch die im weiteren Verlaufe der Unterſuchung aufgeſtellte Behauptung des Beklagten, er habe aus mehreren ihm anvertrauten Staatscaſſen nach und nach die Bl. — berechneten Summen vorſchußweiſe entnommen und zu einem in dem Intereſſe des Staates begründeten Unternehmen verwendet, nicht alterirt werde. Dies iſt auch ganz richtig. Denn dieſe Angabe hat nicht die Beſtimmung, das Geſtändniß des Caſſendefectes aufzuheben, ſondern nur die, in criminalrechtlicher Hinſicht als Entſchuldigungs- oder Milderungsgrund zu gelten.

Die erſte Inſtanz behauptet weiter,

b) es verliere das angegebene Geſtändniß dadurch ſeine Beweiskraft für den Civilproceß, daß der Beklagte Inhalts der von dem Kläger beigebrachten beglaubigten Vernehmungsprotokolle erklärt, er habe die dem Staatsfiscus ſchuldige Summe, und zwar zum größeren Theile, durch Ueberlaſſung der von ihm errichteten Schleiferei mehr als ausreichend gedeckt, er ſei daher dem Staatsfiscus Nichts mehr ſchuldig, ſondern habe ſogar noch ein Guthaben an denſelben. Man hat jedoch hiergegen Nachſtehendes zu erwähnen:

Zwar kann ſo viel zugegeben werden, daß aus einer Schuldverſchreibung, in welcher der Ausſteller zugleich mit dem Bekenntniſſe der Schuld die Behauptung verbindet, daß die Schuld bereits wiederum getilgt worden ſei, weder der Executiv-, noch der Executionsproceß angeſtellt werden könne. Anders verhält es ſich aber mit einem über die Vernehmung eines Inculpaten aufgenommenen Protokolle. Während nämlich die Schuldverſchreibung in ihrer Totalität die Grundlage über das darin erwähnte Schuldverhältniß abgiebt und daher derjenige, welcher auf ſolche ſich bezieht, um darauf Rechte zu baſiren, nicht befugt iſt, die für ihn günſtigen Theile der Schuldverſchreibung von den für ihn ungünſtigen zu trennen und die erſteren für ſich zu gebrauchen, die letzteren als nicht exiſtirend zu betrachten, gilt von dem Inhalte der Vernehmungsprotokolle auch in ſoweit, als er zu dem Beweiſe für die Civilſache benutzt werden kann, der Grundſatz, daß die Erklärungen des Inculpaten, welche das Geſtändniß des Verbrechens enthalten, von den Erklärungen, welche die Beſtimmung haben, die Strafe aufzuheben oder zu mildern, zu trennen ſind, erſtere volle Beweiskraft haben, letztere aber des Beweiſes Seiten des Inculpaten bedürfen, wenn ſie beachtet werden ſollen; denn die Stellung des Inculpaten kann leicht begreiflicher Weiſe in der Civilſache nicht günſtiger ſein, als in der Criminalſache.

Endlich kann man

c) der erſten Inſtanz zwar darin beitreten, daß die in der wider den Beklagten anhängig geweſenen Unterſuchung geſprochenen Erkenntniſſe kein Präjudiz für die Civilſache enthalten, es folgt jedoch hieraus für die von dem Kläger gegenwärtig angeſtellte Executionsklage etwas nicht, weil letztere nicht auf jenem Straferkenntniſſe, ſondern auf dem oben gedachten Geſtändniſſe des Beklagten beruht.

Wenn der erſte Beſcheid, welcher die Executionsklage abgewieſen hat, deſſen ungeachtet in gegenwärtiger Inſtanz beſtätigt worden iſt, ſo begründet ſich dies auf folgende Erwägungen:

Der Beklagte hat Bl. — flg. behauptet, daß jeder Anſpruch, den der Staatsfiscus machen könne, erledigt und beſeitigt worden ſei, indem derſelbe nicht blos eine Caution von 2000 Thlrn. —ſ —ſ von ihm, dem Beklagten, beſitze, ſondern auch durch Ueberlaſſung der C—r Fabrikvorräthe und Außenſtände eine Zahlung von 6792 Thlrn. 13 Ngr. 1 Pf. erhalten habe. Soviel das Factiſche dieſer Behauptung anlangt, ſo iſt nicht allein außer Zweifel, daß der Beklagte eine Dienſtcaution von 2000 Thlrn. —ſ —ſ beſtellt, ſondern es ergiebt ſich auch aus dem gerichtlichen Protokolle Bl. — flg. der beiliegenden Acten sub —, daß derſelbe unter Acceptation des beſtellten Staatsanwaltes am 29. April 1848 die ſchon damals mit Beſchlag belegten Waarenvorräthe in der C—r Steinſchleifereifabrik an 5340 Thaler 8 Ngr. 3 Pf., einſchließlich der außerdem vorhandenen drei Eichenſtämme, deren Tarwerth 85 Thaler betragen, nicht minder die Activaußenſtände an 1417 Thlr. 4 Ngr. 6 Pf. an den Staatsfiscus zu freier Verfügung darüber, wie über ſein wohlerlangtes Eigenthum abgetreten habe. Soviel die rechtliche

Beurtheilung dieſes Verhältniſſes anlangt, ſo entſteht die Frage, ob der Beklagte mit ſeiner Dienſtcaution zu compenſiren berechtigt ſei, und die Frage, ob in der angegebenen Eigenthumsüberlaſſung nach Höhe der dafür berechneten Beträge eine datio in solutum enthalten ſei oder welches Rechtsverhältniß ſonſt in dieſer Beziehung beſtehe. Wollte man nun auch zugeben, daß die erſtere Frage keinen Zweifel habe, ſo würde doch wenigſtens die letzte Frage eine Entſcheidung, welche die Zuläſſigkeit des Executionsproceſſes hindert, erfordern. Der Kläger macht Bl. — geltend, es ſei der obengedachte Einwand unbeachtlich, weil der Beklagte nach der Ladung Bl. — die Urkunden, auf welche er ſeine Einwendungen geſtützt, vor dem 6. December 1851 bei deren Verluſte beizubringen verbunden geweſen ſei, ſeine Eingabe Bl. — flg. aber blos Abſchriften und unter dieſen eine ſolche von dem obengedachten gerichtlichen Protokolle beigelegt habe. Hierauf hat jedoch ein rechtliches Abſehen nicht gerichtet werden können, weil der Beklagte in der Ladung Bl. — in Gemäßheit des Executionsproceſſes §. 91. blos aufgefordert worden iſt, die Urkunden, auf welche er ſeine Einwendungen gegen die Executionsklage zu gründen beabſichtige, entweder in den Originalen oder doch wenigſtens in Abſchriften einzureichen, die Abſchriften Bl. — flg. wenigſtens nunmehr beglaubigt ſind, auch das Actenſtück, aus welchem die Abſchrift Bl. — entnommen iſt, nach Bl. — längere Zeit vor dem Bl. — flg. abgehaltenen Verhörstermine bei dem Proceßgerichte eingegangen iſt.

Die ferneren Ausführungen des Klägers Bl. — flg. erledigen ſich durch die Bemerkung, daß nach dem von dem Beklagten Beigebrachten das fragliche Schuldverhältniß nicht mehr die zu dem Executionsproceſſe erforderliche Liquidität hat, ſondern der rechtlichen Entſcheidung im Wege des ordentlichen Proceſſes bedarf.

Da der vorſtehend gedachte Einwand zu Rechtfertigung des Antrages des Beklagten auf Abweiſung der Executionsklage hinweiſt, ſo erſcheint ein Eingehen auf die Bl. — flg. zu gleichem Zwecke gemachten übrigen Einwendungen überflüſſig."

III.

„Man kann dahin geſtellt ſein laſſen, ob nicht ſchon die von der erſten Inſtanz Bl. — flg. geltend gemachten Gründe zu Rechtfertigung der Abweiſung des klägeriſchen Suchens in der angebrachten Maaße ausreichen, da der anderweite Grund, aus welchem die zweite Inſtanz nach Bl. — zur Beſtätigung der erſtinſtanzlichen Entſcheidung ſich bewogen gefunden, jedenfalls durchgreift.

Denn daß, wenn es in Wahrheit beruht, daß Beklagter zu Deckung des libellirten Caſſendefectes an 8184 Thlr. —ˢ —ˢ ſeine mit Beſchlag belegt geweſenen Waarenvorräthe im Betrage von 5340 Thlrn. 8 Ngr. 3 Pf. und ſeine Activaußenſtände zu Belaufe von 1417 Thlrn. 4 Ngr. 8 Pf. dem Staatsfiscus mit deſſen Genehmigung zur freien Verfügung wie über wohlerlangtes Eigenthum abgetreten, und außerdem noch letzterer des Beklagten Dienſtcaution an 2000 Thlr. —ˢ —ˢ als Deckungsmittel in Händen hat, wenigſtens nicht geſagt werden kann, es ſei liquid, daß oder inwieweit der Staatsfiscus wegen des fraglichen Caſſendefectes noch einen Anſpruch an Beklagten zu machen habe, läßt ſich in alle Wege nicht beſtreiten. Beides iſt aber von Beklagtem durch die von demſelben im Verhörstermine Bl. — im Originale beigebrachten öffentlichen Acten sub —, namentlich durch das in voriger Inſtanz angezogene Protokoll am 29. April 1849. Bl. — Vol. — (womit der dieſer Verhandlung vorausgegangene Antrag des fiscaliſchen Procurators Bl. — flg. ibid. im Zuſammenhange ſteht), ſowie durch die Verordnung des Finanzminiſterii Bl. — ibid. ausreichend dargethan, wie denn auch, was insbeſondere die Caution betrifft, Kläger ſowohl des gedachten Betrages, als des Innehabens derſelben nach Bl. — und — überhaupt gar nicht abredig iſt, ſondern nur bemerkt, daß es, um damit compenſiren zu können, erſt einer Erklärung des Beklagten, ſolche dem Fiscus zur Tilgung des libellirten Caſſendefectes quoad summam concurrentem überlaſſen zu wollen, bedürfe, — eine Bemerkung, die ſich jedoch ſofort erledigt, wenn man erwägt, daß eines Theils in der Erklärung Beklagtens Bl. — ſich jedenfalls das Einverſtändniß deſſelben damit, daß dem Staatsfiscus ſeine Caution zur theilweiſen Deckung des Caſſendefectes überlaſſen bleiben ſolle, ausſprechen würde, andern Theils aber auch nach Bl. — der Staatsfiscus bereits thatſächlich Compenſation diesfalls hat eintreten laſſen.

Was Kläger gegen die Beachtung der bemerkten Einreden Beklagtens in formeller Hinſicht vorgebracht hat, iſt ohne Belang. Beklagter hat ſeine Einwendungen nach Bl. — verb. mit Bl. — rechtzeitig eingebracht und die zu deren Beweis inducirten Urkunden gleichzeitig in Abſchrift beigefügt. Daß die Abſchriften theilweiſe, was namentlich auch von dem Protokolle am 29. April 1848. Beilage — Bl. — gilt, nur auf die concurrirenden Punkte ſich erſtrecken, kann Beklagtem, wie von ſelbſt einleuchtet, nicht als Formfehler angerechnet werden, da es zwecklos geweſen ſein würde, Abſchriften von ſolchen Theilen der Urkunden mitzutheilen, welche auf den

Streitpunkt keinen Bezug haben, und in welcher Hinsicht daher Beklagter auch dieselben gar nicht für sich angezogen hatte. Ueberdies waren auch die Acten selbst, in welchen die Originalien befindlich, nach Bl. — und — noch rechtzeitig beim Proceßgerichte eingelangt, und es würde überhaupt die Frage gewesen sein, ob nicht Beklagtens Antrag Bl. — auf Herbeiziehung der betreffenden Acten schon ausgereicht haben würde.

Ebensowenig Gewicht aber kann auf die in materieller Hinsicht von Klägerm gemachten Ausstellungen gelegt werden. Der Einwand wegen der Caution ist bereits oben widerlegt, und es mag nicht bezweifelt werden, daß Beklagter in tantum auf Compensation sich beziehen konnte. Was dagegen den weiteren Einwand anlangt, daß nicht klar sei, ob die — aus dem von Beklagtem beigebrachten Protokolle vom 29. April 1848 sich ergebende Abtretung der Waarenvorräthe in der C—r Steinschleifereifabrik blos zur Sicherstellung des Staatsfiscus erfolgt, und daher aus dem Gesichtspunkte einer Verpfändung zu betrachten oder in vim dationis in solutum geschehen sei, so kann man dies zugeben, ohne daß deshalb für Klägern etwas gewonnen wird. Wäre auch die fragliche Abtretung nur zur Sicherstellung des Fiscus erfolgt, so ist sie doch, wie die Beilagsacten No. — Vol. I. und II. ausweisen, damit verbunden gewesen, daß dem Staatsfiscus die freie Disposition über die fraglichen Gegenstände eingeräumt wurde, und der Staatsfiscus hat davon Gebrauch gemacht, indem er die Waarenvorräthe zur Veräußerung gebracht hat (vergl. Bl. — Vol. II. dict. Actor.).

Der Staatsfiscus würde somit auch nach seiner eigenen Ansicht immer in der Lage eines Gläubigers sein, der aus dem ihm bestellten Pfande bereits seine Befriedigung gesucht hat, daher mindestens zu einer Berechnung dessen, was er aus dem Pfande erlangt, verbunden gewesen sein, indem von einer noch vorhandenen Schuld selbstverständlich nur insofern die Rede sein kann, als der Erlös aus dem Pfande zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausgereicht hat, bis zu einer solchen Berechnung mithin dem Schuldner jedenfalls der Einwand zur Seite steht, daß er dem Gläubiger bereits die Mittel zur Deckung gewährt habe. Selbst in processu ordinario würde eine Klage, in welcher der Kläger zwar zugestehen müßte, daß er bereits Zahlungen geleistet erhalten habe, dennoch aber den ganzen ursprünglichen Schuldbetrag fordern wollte, in der angebrachten Maaße abgewiesen werden müssen; umsomehr rechtfertigt sich daher eine derartige Entscheidung in der vorliegenden Proceßart, deren erste Bedingung Liquidität des Anspruchs ist. Am wenigsten mag übrigens Kläger mit Grund auf die Verordnung des Oberappellationsgerichts Bl. — flg. Bezug nehmen. Wenn nämlich darin ausgesprochen worden, daß darüber, ob die Veräußerung der in Beklagtens Steinschleiferei zu C. befindlichen Vorräthe in der Eigenschaft eines Pfandes oder in der Eigenschaft von Sachen, welche dem Staatsfiscus an Zahlungsstatt überlassen worden, sowie über die nach Lage der Sache und den in den Acten geschehenen Erklärungen etwa anzunehmenden sonstigen Wirkungen bezüglich des Schuldverhältnisses zwischen dem dermaligen Kläger und Beklagten auf dem Verordnungswege nicht entschieden werden könne, vielmehr diese Fragen durch rechtliches Erkenntniß zur Entscheidung zu bringen seien, so konnte dies, zumal im Zusammenhalt mit den Bl. — flg. ertheilten Entscheidungsgründen, nicht füglich von einer Entscheidung im summarischen Processe, in welchem blos etwa zu einer vorläufigen, nicht aber zu einer definitiven Feststellung des Verhältnisses zu gelangen, verstanden werden, und es hätte sich demnach Kläger durch gedachte Verordnung vielmehr abgehalten finden sollen, den Executionsproceß gegen den Beklagten anzustellen, dafern er nicht im Stande war, den nach dem Protokolle vom 29. April 1848 vorliegenden Zweifel, ob nicht Beklagter sogar durch datio in solutum für völlig liberirt geachtet werden müsse, auf geeignete Weise sofort zu beseitigen."

---

## 30.

### Zur Erläut. Proceßordnung ad Tit. XVIII. §. 4.

Mitgetheilt von

Herrn J. R. W. in L.

Ueber die Frage, ob es in der Eidesformel einer besonderen Bezugnahme auf die eidesunmündigen Litisconsorten bedürfe, wenn der von den eidesmündigen geleistete Eid als für die ersteren mit geschworen solle gelten können, hat sich das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig in den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntnisse vom Jahre 1852 (Judicium zu Wechselburg, in Sachen des M., Widerklägers, gegen die verw. D. und E. F. D., Widerbeklagte, sowie den N. in Altersvormundschaft der Gebr. D. und den J. G. D. in Altersvormundschaft des O., auch die H. W. und D., Mitwiderbeklagte), abweichend von der Ansicht, welche das Königl. Spruchcollegium zu Leipzig damals befolgt hatte, dahin ausgesprochen:

„In dem Urthel Bl. — wurde rechtskräftig dahin erkannt, daß die Widerbeklagten, unter welcher Bezeichnung damals die jetzigen Mitwiderbeklagten mit begriffen waren, soviel die in der Convention geforderten 300 Thaler anlange, von der erhobenen Widerklage zu entbinden und loszuzählen seien, dafern sie den Bl. — geförmelten Eid de credulitate

und mit Beachtung der Vorschrift in der Erläut. Proceßordnung ad Tit. XVIII. §. 4.

schwören würden.

Das Proceßgericht hat darauf Bl. — einen Schwörungstermin anberaumt, zu diesem jedoch nur die in dem jetzigen Erkenntnisse als Widerbeklagte aufgeführten beiden Personen vorgeladen, und denselben aufgegeben, den gedachten Eid zugleich mit für ihre eidesunmündigen Streitgenossen, die Pflegbefohlenen der Mitwiderbeklagten, und zwar nach Maaßgabe der Eidesnotul Bl. — abzuleisten.

Allein in dem Bl. — abgehaltenen Schwörungstermine haben die Widerbeklagten ausdrücklich erklärt, daß sie den fraglichen Eid nur für ihre Person und mit Wegfall der auf die Pflegbefohlenen der Mitwiderbeklagten hindeutenden Worte aus der Eidesformel zu schwören Willens seien, auch den Eid wirklich nur nach vorheriger Ausscheidung dieser Worte geschworen, und es ist in dessen Folge unter den Parteien darüber Streit entstanden, welche Wirkung der Eidesleistung beizulegen sei.

Während nämlich die Widerbeklagten und die Mitwiderbeklagten nach Bl. — die Ansicht aufstellen, daß das, was die ersteren beschworen, ohne Weiteres auch für die letzteren gelten müsse, indem es der Aufnahme von besonderen, auf die Pflegbefohlenen der Mitwiderbeklagten hindeutenden Worten in die Eidesformel gar nicht bedurft, behauptet dagegen nach Bl. — Widerkläger, daß, weil die Widerbeklagten nur für sich geschworen, die Mitwiderbeklagten des Eides überhaupt verlustig seien.

Nun kann es zwar irgend einem Zweifel nicht unterliegen, daß diese Behauptung Widerklägers eine irrige sei, und es genügt, zu dessen Widerlegung hierunter auf den Ausspruch der Erläut. Proceßordnung ad tit. XVIII. §. 4. sub fin. zu verweisen.

Dagegen hat Man aber auch auf der anderen Seite eben so wenig der Ansicht der Widerbeklagten und Mitwiderbeklagten, welche in der vorigen Instanz Billigung gefunden, Beifall zu schenken vermocht.

Die Stelle der Erläut. Proceßordnung ad Tit. XVIII. §. 4., von deren Erklärung Alles abhängt, lautet wörtlich dahin:

„Desgleichen, wenn unter mehreren Litisconsorten, die über einerlei, sie allerseits betreffende Punkte schwören sollen, einer oder mehr, so über 18 Jahr alt, vorhanden, soll der- oder dieselben für sich und zugleich an Statt derer übrigen, so das 18te Jahr noch nicht erreichet, jedoch wegen dieser nach Befinden nur de credulitate, das erkannte juramentum zu prästiren zugelassen, und sodann die übrigen damit gänzlich verschonet werden."

Daß diese Stelle, man möge ihr übrigens einen Sinn unterlegen, welchen man wolle, eine höchst singuläre und von den gewöhnlichen processualischen Grundsätzen abweichende Bestimmung enthalte, unterliegt keinem Zweifel. Man ist bei deren Erklärung im Wesentlichen lediglich auf die Worte selbst angewiesen. Hält man sich aber an diese, so muß man allerdings zu der Ansicht gelangen, daß es in der Eidesformel einer besonderen Bezugnahme auf die eidesunmündigen Litisconsorten bedürfe, wenn der von den eidesmündigen geleistete Eid als für die ersteren mit geschworen solle gelten können.

Zunächst ist:

1) hervorzuheben, daß die ganze Fassung der fraglichen Bestimmung augenscheinlich eine schwerfällige und gesuchte sein würde, wenn deren Sinn der hätte sein sollen, daß der von den eidesmündigen Litisconsorten geleistete Eid ohne Weiteres auch als für die eidesunmündigen geschworen zu gelten habe. Denn offenbar würde dies weit einfacher und kürzer in der Weise auszudrücken gewesen sein:

„wenn von mehreren Litisconsorten, die über einerlei, sie allerseits betreffende Punkte schwören sollen, einer oder mehrere über, andere unter 18 Jahr alt sind, so genügt es, wenn nur die ersteren schwören".

Wie hiernächst:

2) gegen die von der vorigen Instanz gewählte Erklärung schon die Worte:

„für sich und zugleich an Statt derer übrigen, so das 18te Jahr noch nicht erreichet",

streiten, indem diese ziemlich deutlich darauf hinweisen, wie es aus der Fassung der von den Schwörenden nachzusprechenden Formel hervorgehen müsse, daß der Eid zugleich mit für die eidesunmündigen Litisconsorten geleistet werde, so gilt dies:

3) noch viel mehr von dem Worte:

„zugelassen",

denn „zulassen" ist gleichbedeutend mit „gestatten". Wenn es nun den eidesmündigen Litisconsorten nur gestattet sein soll, für die eidesunmündigen mit zu schwören, so muß es von ihrem freien Willen ab-

hängen, ob sie es thun wollen, oder nicht, mithin auch der Fall denkbar sein, daß sie für die letzteren mit zu schwören sich weigern. Ein solcher Fall würde aber nach der von der vorigen Instanz angenommenen Ansicht eigentlich gar nicht vorkommen können. Denn abgesehen davon, daß die Eidesmündigen nicht das geringste Interesse an einer derartigen Weigerung hätten, eben weil die Eidesformel unter allen Umständen sich gleich bliebe, so könnte ihnen eine solche jedenfalls zu irgend etwas nicht nützen, da der Eid ihres Widerspruchs ungeachtet als für die eidesunmündigen Litisconsorten mitgeschworen gelten müßte.

Unmöglich läßt sich jedoch annehmen, daß der Gesetzgeber, indem er den eidesunmündigen Streitgenossen nur gestattete, für die eidesunmündigen mit zu schwören, von der Ansicht ausgegangen sein sollte, es sei in dem gegebenen Falle für die Entscheidung völlig gleichgültig, ob von dieser Verstattung Gebrauch gemacht werde, oder nicht, und daß derselbe von Zulassen zu dem Eide für einen Anderen gesprochen, während doch dem Verweigern des Eides gar keine weitere Folge zu geben wäre. — Ebenso entschieden muß gegen die Ansicht der vorigen Instanz gestimmt werden, wenn man

4) die Worte:

„jedoch wegen dieser nach Befinden nur de credulitate“,

in das Auge faßt. Denn diese setzen nothwendig voraus, daß der Gesetzgeber an eine Eidesformel gedacht habe, in welcher der Eidesunmündigen besondere Erwähnung geschehen. Es lassen sich auch dieselben nicht füglich auf einen Fall beziehen, wo das Factum, über welches eigentlich die Eidesunmündigen zu schwören hätten, ein von dem die Eidesmündigen angehendes verschiedenes wäre, da dem die vorhergehenden Worte:

„wenn unter mehreren Litisconsorten, so über einerlei, sie allerseits betreffende Punkte schwören sollen“,

entgegenstehen würden.

Endlich sind

5) auch die Schlußworte:

„und sodann die übrigen damit gänzlich verschonet worden“,

nicht außer Acht zu lassen. Denn sollen die eidesunmündigen Litisconsorten dann mit der Eidesleistung verschont werden, wenn die eidesmündigen für sie mit geschworen haben, so ergiebt sich von selbst der Gegensatz, daß ein solches Verschonen mit dem Eide dann nicht Platz ergreife, wenn von den Eidesmündigen eben nur für sich geschworen wurde. Ein solcher Gegensatz ist aber gar nicht denkbar, wenn man annimmt, daß es einer Bezugnahme auf die Eidesunmündigen in der Eidesformel nicht bedürfe. Denn bei dieser Annahme schwören die eidesmündigen Streitgenossen, wenn sie einmal schwören, immer zugleich mit für die eidesunmündigen. —

Für die von der jetzigen Instanz adoptirte Meinung spricht ins Besondere noch die Autorität Griebner's.

Vgl. dessen Discurs zur Erläut. Proceßordnung ad Tit. XVIII. §. 4.

Wenigstens muß aus dessen Bemerkungen zu den Worten:

„verschonet werden“, „erreichet“, „wegen dieser“ und „verschonet“,

geschlossen werden, daß er seinerseits sie getheilt habe. Diese Autorität erscheint aber um so gewichtiger, als die Erläut. Proceßordnung bekanntlich hauptsächlich ein Werk Griebner's ist.

Auch ist schon in älterer Zeit in Gemäßheit derselben entschieden worden, wie die in

Hommel's deutschem Flavius, ad voc. „Eid“, sub XIX.

angegebenen Urthelsformeln bezeugen und aus

Küstner's Not. 22 b. zu Griebners Discurs ad Tit. XVIII. §. 4.

hervorgeht, indem derselbe hier bemerkt, gezwungen würden, die eidesmündigen Litisconsorten nicht, für die eidesunmündigen mit zu schwören, wegen des Worts: „zugelassen“, und hinzufügt:

„sed aliter sens. Consist. Lips. anno 1726“,

wonach also das Consistorium Lipsiense sogar der Ansicht gewesen sein muß, daß gegen die eidesmündigen Streitgenossen ein Zwang zur Eidesleistung für die eidesunmündigen stattfinde.

In der That empfiehlt sich die oftgedachte Meinung auch noch aus einem anderen Gesichtspunkte, nämlich insofern, als es offenbar immer noch weniger auffallend ist, Jemanden mit für einen Anderen schwören zu lassen, als dasjenige, was Jemand für sich, ohne einige Bezugnahme auf einen Dritten geschworen hat, als ipso jure für diesen mit geschworen zu betrachten.“

## 31.

### Zur Interpretation der neunten Decision von 1746.

Mitgetheilt von

Herrn A. —r in D.

Im vorigen Jahrgange des Wochenblatts Nr. 40. S. 319 f. sind die Gründe eines Erkenntnisses des K. Appellationsgerichts zu Dresden, in welchen der Sinn der obigen Decision entwickelt wurde, mitgetheilt worden. Auf eine gegen dieses Erkenntniß eingewendete Appellation sprach sich das K. Oberappellationsgericht unter dem 14. December 1853 über denselben Gegenstand im Allgemeinen übereinstimmend, in einem Punkte jedoch abweichend, nämlich so aus:

„Mit den Ansichten der vorigen Instanz über den nothwendigen Inhalt einer von dem Testator vor Zeugen abgegebenen Erklärung, durch welche ein von dem Verfertiger oder Schreiber des Testaments in diesem für sich selbst verschriebenes Legat Gültigkeit erlangen soll, ist Man mit der einzigen Modification einverstanden, daß es nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts nicht gerade der ausdrücklichen Angabe des Grundes bedarf, auf welchem die Ungültigkeit des in dem Testamente errichteten Legats beruht. Denn dem Testator kann dieser natürlich nicht unbekannt sein und den Zeugen gegenüber kommt es der Natur der Sache nach nur darauf an, daß der Testator vor ihnen auf ein bereits vorhandenes Testament und ein darin auf ungültige Weise vermachtes Legat, welches durch dessen Wiederholung vor den Zeugen Gültigkeit erlangen soll, Bezug nimmt. Eine derartige Bezugnahme auf das vorhandene Testament und dessen betreffende Dispositon, als eine an sich ungültige, ist aber schon um deswillen unerläßlich, weil vor zwei Zeugen eine selbstständige Legaterrichtung nicht erfolgen, sondern eben nur ein ungültiges Legat genehmigt werden kann,

von Langenn und Kori, Erörterungen, Th. II. no. XXVII. S. 275. Ausg. 2.

auch die Zeugen, wenigstens aus der vor ihnen abgegebenen Erklärung selbst, erfahren müssen, daß und wozu sie als Solennitätszeugen*) zugezogen sein sollen. Dies können sie aber, wo es sich um Abgabe einer Erklärung der am Schlusse der neunten Decision gedachten Art handelt, nicht anders, als durch eine Mittheilung darüber erfahren, daß es sich um Genehmigung eines in einem Testamente bereits ausgesetzten, an sich ungültigen Vermächtnisses handelt. Bleiben die Zeugen von der Existenz der älteren, vor ihnen zu genehmigenden letztwilligen Verfügung ohne Kenntniß, so können sie auch natürlich als bei einer solchen Genehmigung zugezogene Zeugen nicht gelten. Gedenkt dagegen der Testator bei der vor ihnen abgegebenen Erklärung des in seinem früheren Testamente enthaltenen Legates, ohne dieses als ein an sich ungültiges zu bezeichnen, so geht den Zeugen die nöthige Kenntniß davon ab, daß es sich um eine durch ihre Anwesenheit gültig werdende Erklärung handle."

*) Daß die beiden Zeugen nicht bloße Beweis-, sondern zugleich Solennitätszeugen sind, ist im Vorhergehenden unter Berufung auf von Langenn und Kori a. a. O. S. 274. Anm. 3., Bauer, die Churf. Sächs. Decisionen v. J. 1746. zu Decision 9. §. 12. und Gottschalk, Analecta juris saxon. etc. cap. VI. p. 18. bemerkt worden.

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 3. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 9. Verordnung, den Beitritt der Königl. Bayerischen Regierung zu dem zu Eisenach am 11. Juli 1853 abgeschlossenen Staatsvertrage betreffend; vom 23. Januar 1854. No. 10. Verordnung, die Aufhebung der wegen gegenseitiger Behandlung der Handelsreisenden zwischen den Staaten des deutschen Zollvereins und dem Königreiche Belgien getroffenen Bestimmungen betreffend; vom 19. Januar 1854. No. 11. Verordnung, die Bestellung von Landtagswahlcommissarien betreffend; vom 7. Februar 1854. No. 12. Bekanntmachung, Uebergangssteuer-Straßen und Stellen betreffend; vom 31. Januar 1854. No. 13. Decret wegen Concessionirung der Albertsbahn-Actien-Gesellschaft und wegen Bestätigung ihrer Statuten; vom 26. Januar 1854. No. 14. Decret, die Stempelfreiheit des erbländischen ritterschaftlichen Creditvereins und der landständischen Hypothekenbank des Königl. Sächs. Markgrafthums Oberlausitz betreffend; vom 16. Februar 1854. No. 15. Verordnung, die für das Jahr 1854 zu erhebenden Brandversicherungsbeiträge betreffend; vom 21. Februar 1854. — Letzte Absendung: am 7. März 1854.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 51 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von Bernhard Tauchnitz in Leipzig.

№ 17. Neue Folge Zweiter Jahrgang. 1854.

## 32.

### Zu §. 80. des Erbfolgemandats vom 31. Januar 1829.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. R—x in Dresden.

Das sächsische Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 bestimmt im §. 79., daß der überlebende Ehegatte keinen Anspruch auf die gesetzliche Erbfolge habe,

> wenn hierüber, und soviel den Pflichttheil betrifft, mit seiner Einwilligung, etwas Anderes bestimmt worden ist.

Dies soll, wie in dem gleich darauf folgenden §. 80. gesagt wird, im Zweifel anzunehmen sein, wenn ihm entweder in einem zwischen den Eheleuten selbst eingegangenen Vertrage etwas auf den Todesfall ausgesetzt wird, oder

> wenn derselbe, vermöge eines unter seiner Zustimmung oder Genehmigung mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrages, etwas aus einer von dem Erblasser veräußerten Sache, z. B. einen Auszug, nach des letztern Tode erhalten soll.

Ueber die Auslegung und Anwendung der so eben gedachten Bestimmung im zweiten Abschnitte des §. 80. besteht bei den Spruchbehörden eine Verschiedenheit der Ansichten.

Bereits in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. N. F. Bd. 1. S. 335 flg. ist ein Rechtsfall referirt, in welchem die in einem zwischen dem Vater und dem Sohne über das Gut des Vaters abgeschlossenen Kaufe enthaltene Verfügung, daß der Sohn aus dem Gute an seine Mutter, die Ehefrau des Verkäufers, einen lebenslänglichen Auszug entrichten solle, von dem Königl. Appellationsgerichte zu Leipzig unter jene gesetzliche Vorschrift subsumirt, von der vormaligen Juristenfacultät und dem Königl. Oberappellationsgerichte hingegen §. 80. des Mandats auf diesen Fall nicht für anwendbar gehalten ward.

Am Landtage 1839/1840 gelangte eine Petition bei der ersten Kammer zur Berathung, in welcher unter andern auf Abänderung dieser im zweiten Abschnitte des §. 80. des Erbf.-Mand. enthaltenen Vorschrift angetragen ward. Die Erwähnung dieser Petition und die Verhandlung darüber dürfte hier in sofern einiges Interesse haben, als sie zeigt, wie die fragliche Gesetzstelle von dem Petenten — (einem Justizbeamten) — und der ersten Ständekammer, oder doch der den Bericht erstattenden Deputation und von dem Vertreter der Staatsregierung, dem damaligen Vorstande des Königl. Justizministeriums, verstanden ward. Der Petent sagt — (s. die Landt.-Mitth. d. 1. K. v. 1839/1840. S. 784. Sp. 1.) —, um den Nachtheil zu schildern, zu welchem die fragliche Vorschrift führen könne, Folgendes: „Wenn ein Bruder oder Hausbesitzer über sein Grundstück mit einem Dritten, im Beisein und mit Zustimmung seiner Ehefrau, einen Kaufcontract abschließt und dabei für letztern einen lebenslänglichen Auszug stipulirt, hierbei aber die Bestimmung beizufügen unterläßt, daß dieser Auszug auf das künftige Erbrecht der Ehefrau ohne Einfluß sein solle, so würde nach dem Tode des Ehemannes die Mutter durch jenen Auszug hinsichtlich ihres Erbrechtes für abgefunden zu achten sein und nicht das Geringste weiter als Miterbin oder alleinige Erbin zu beanspruchen haben, selbst wenn auch der Nachlaß des Verstorbenen noch so bedeutend wäre.“ Diese Ansicht

des Petenten über die Anwendbarkeit des §. 80. auf den Fall, wo ein lebenslänglicher Auszug für die Ehefrau vorbehalten worden ist, ward auch von der Deputation der ersten Kammer — (S. 785. Sp. 1.) — nicht für unrichtig gehalten, vielmehr bemerkt, es habe sich die dem Vertrage zustimmende Ehefrau den Nachtheil selbst beizumessen, wenn sie nicht durch eine entsprechende präcavirende Erklärung ihr Erbrecht sich vorbehalte. Ebensowenig ward von den Mitgliedern der Kammer eine andere Meinung über das Verständniß des Gesetzes vorgebracht. Dahingegen scheint der Vorstand des Königlichen Justizministeriums — (s. S. 786. Sp. 2.) — eine andere Ansicht ausgesprochen zu haben. Seine Worte, wie sie in den Landtagsmittheilungen wiedergegeben werden, lauten: „§. 80. sei gewiß vollkommen rationell; eine Intestaterbfolge könne jeden Falls nur dann eintreten, wenn nicht schon eine Disposition vorhanden sei, und es könne ein Ehegatte aus dem Nachlasse seines Ehegatten einen Erbtheil ab intestato nicht verlangen, wenn er durch einen Vertrag bereits abgefunden wäre; es stehe auch hier: „„so weit dies zu präsumiren““ — (im Zweifel) —; wolle und solle ein Ehegatte nebenbei sein Erbrecht behalten, so könne ja in dem Erbvertrage gesagt werden, daß er im Uebrigen sich sein Erbrecht vorbehalte; dasselbe sei beim Auszuge der Fall, sofern er *in casum mortis* ausbedungen wäre.“ Diese Aeußerung des Regierungscommissars ist wenigstens in den Gründen zu Erkenntnissen höherer Spruchbehörden — (z. B. des Königl. Appellationsgerichts zu Zwickau in Sachen D. und Cons. ℳ. verw. P., 1846, und des Königl. Oberappellationsgerichts in Sachen der verw. St. ℳ. St. und Cons., Juli 1845) — als eine Billigung der Ansicht genommen worden, daß der zweite Abschnitt im §. 80. des Erbfolgemandats nur dann Anwendung leide, wenn der vom Erblasser im Vertrage mit dem Dritten, unter Zustimmung des Ehegatten, für diesen gemachte Auszugsvorbehalt sich als eine Zuwendung auf den Todesfall darstellte.

Diese Ansicht ist, zum Theil gegen die der frühern Instanz, ausgesprochen worden in Sachen G. und Cons. ℳ. verw. G. (Oberappellationsgerichts-Erkenntniß vom 13. Januar 1844), wo die übrigen Erben den §. 80. umgekehrt angewendet, und die Wittwe, weil sie den Erbtheil gefordert und angenommen, des Auszugs für verlustig erklärt wissen wollten, — ferner in Sachen der verw. St. ℳ. St. und Cons. (Appellationsgericht zu Zwickau und Oberappellationsgericht vom 17. Juli 1845), wo der Erblasser für sich und seine Ehefrau einen lebenslänglichen Auszug mit der Hinzufügung stipulirt hatte, daß die Ehefrau auch nach seinem Tode den Auszug ganz behalte, — in Sachen R. und Cons. ℳ. verw. R. (Appellationsgericht Zwickau und Oberappellationsgericht vom 24. September 1846), wo der mit dem Dritten über Veräußerung eines Grundstücks geschlossene Vertrag, neben der Stipulation des lebenslänglichen Auszugs für den Erblasser und seine Ehefrau und der Hinzufügung, daß nach dem Ableben des Mannes nur der dritte Theil des Auszugs wegfallen solle, mehrere andere, als letztwillige Dispositionen zu betrachtende Bestimmungen im Vertrage enthalten waren, — und in Sachen der verw. A. ℳ. A. und Cons. (Oberappellationsgericht vom 5. December 1848.)

Auch in einem neuerlich verhandelten Rechtsstreite hat sich das Königl. Spruchcollegium und das Königl. Oberappellationsgericht gegen, das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig aber für die Anwendbarkeit des zweiten Abschnitts im §. 80. des Erbfolgemandats auf den Fall, wo der seine Grundstücke an einen Dritten veräußernde Ehemann für sich und seine Ehefrau einen lebenslänglichen Auszug vorbehält, ausgesprochen.

Der am 2. Januar 1852 verstorbene Joh. Gottlob D. hatte mittelst Vertrags vom 4. April 1840 sein Pferdnergut zu K. seinem Sohne, Friedr. Adam D., tauschweise überlassen, und der Annehmer im Vertrage seinem Vater, Joh. Gottlob D., und dessen Ehefrau, Johannen Sophien D., auf deren Lebenszeit die freie Herberge im Gute und außerdem verschiedene, nicht geringe Auszugsgebührnisse versprochen. In der Urkunde über die am 24. ejd. erfolgte gerichtliche Vortragung des Vertrags wird erwähnt, daß dabei die Ehefrau des älteren D. mit erschienen und dem Vorlesen des Vertrags, so wie der von den Contrahenten erklärten Recognition beigewohnt, und daß sodann die Contrahenten, unter Hinzutritt der D.'schen Ehefrau, noch einige Bemerkungen hinzugefügt hätten. Bei einer späteren, am 29. ejd. stattgefundenen Verhandlung, bei welcher jedoch die Ehefrau nicht gegenwärtig gewesen ist, hatten die Contrahenten in Bezug auf den Auszugsvorbehalt für beide D.'sche Eheleute noch ausdrücklich bemerkt, daß, wie es ohnehin den Gesetzen gemäß sei, die D.'sche Ehefrau dann, wenn sie ihren Ehemann überleben sollte, nur die Hälfte des Naturalauszugs jährlich erhalte. Hierauf war die Confirmation und Beleihung erfolgt.

Bei den Verhandlungen über die von der Wittwe vorgelegte Nachlaßspecification und über die Erbschaftsregulirung entstanden verschiedene Differenzen zwischen der Wittwe und den übrigen Erben. Letztere leugneten die Höhe des von der Wittwe geforderten

Einbringens, behaupteten, daß sie deshalb befriedigt worden sei, indem der Erblasser ein von ihm im Jahre 1848 für 700 Thlr. —- —- erstandenes und bezahltes Haus ihr hätte zuschreiben lassen, bestritten den Anspruch der Wittwe auf die Hälfte des Werthes von den bei Lebzeiten des Erblassers im Rückstand verbliebenen Auszugsleistungen, und widersprachen namentlich auch dem auf das ihr gesetzlich zustehende Erbrecht erhobenen Verlangen der Wittwe, indem sie deshalb durch den unter ihrer Zustimmung vorbehaltenen Auszug abgefunden worden sei.

Das Königl. Spruchcollegium, welches die Wittwe als Impetratin, die übrigen Erben als Impetranten bezeichnete, erkannte (December 1852) dahin:

„auch sind der Impetratin die fol. — bemerkten 14 Thlr. 6 Ngr. 2 Pf., da nach Ausweis des fol. — sq. in beglaubter Abschrift ersichtlichen gerichtlichen Tauschcontracts der daselbst fol. — sq. angegebene Auszug zugleich mit für sie bestellt worden, zur Hälfte zu verabfolgen. Uebrigens aber ist Impetratin, in Betracht, daß §. 80. des obangezogenen Allodialerbfolgegesetzes vom 31. Januar 1829 gegenwärtig keine Anwendung leidet, da die darin enthaltene Bestimmung sich lediglich auf Verträge auf den Todesfall bezieht, die Impetratin aber nach dem angeführten Tauschcontracte fol. — schon bei Lebzeiten ihres Ehemannes ein Recht auf den darin ihr stipulirten Auszug erlangt hat,

vergl. auch Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 1. S. 340 ff.

den ihr gebührenden Erbtheil aus dem Nachlasse desselben zu verlangen, für berechtigt und der deshalb von den Impetranten fol. — sub — erhobene Widerspruch ebenfalls für unstatthaft zu achten ꝛc."

Auf die von den Impetranten eingewendete, das Erbrecht der Wittwe betreffende Appellation wurde von dem Königlichen Appellationsgericht zu Leipzig (Juni 1853), die Wittwe als Beklagte und die übrigen Erben als Kläger bezeichnend, diese Entscheidung reformirt und dahin gesprochen:

„es ist der gedachte Widerspruch der Kläger noch zur Zeit für statthaft zu achten, und sind demgemäß, dafern nicht die Beklagte, wie ihr dies mittelst Anstellung förmlicher, bei Verlust des Klagrechts binnen sächsischer Frist einzureichender Klage zu thun unbenommen bleibt, den Anspruch auf Verabfolgung des Pflichttheils gegen die Kläger im Wege des ordentlichen Processes ausführt, bei der Vertheilung der D.'schen Erbmasse die Erbtheile der Kläger ohne Rücksicht auf den Pflichttheil der Beklagten auszuwerfen."

unter Hinzufügung folgender Gründe:

„Das Königliche Appellationsgericht befolgt die Ansicht, daß die Bl. — angezogene Bestimmung des Allodialerbfolgemandats vom 31. Januar 1829 im zweiten Abschnitte des §. 80. auch in den Fällen Anwendung leidet, wo der Genuß des für die Ehefrau stipulirten lebenslänglichen Auszugs nicht erst nach dem Tode des Ehemannes eintritt, sondern bereits bei dessen Lebzeiten begonnen hat. Es ist diese Ansicht sowohl in dem Bl. — gedachten, durch die Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 1. pag. 339. zur öffentlichen Kenntniß gelangten Rechtsstreite, als auch neuerlich in Sachen Ayin ℓ. Ay und Cons. vom J. 1848 ausgesprochen, und in dem letzteren Falle des Ausführlicheren motivirt worden. Diese Auslegung stützt sich im Wesentlichen theils auf den Wortlaut der fraglichen Gesetzstelle, welche nicht eine lediglich auf den Todesfall des disponirenden Ehegatten gerichtete, sondern nur eine solche Verfügung verlangt, die nach dessen Tode zu Gunsten des überlebenden Ehegatten wirksam wird, theils auf die Erwägung, daß in dem obgedachten Falle die Ehefrau nicht ungünstiger gestellt ist, als wenn ihr der Genuß des Auszugs ausdrücklich erst für die Zeit nach dem Tode des Erblassers zugesichert wurde, und daß für sie auch dann, wenn der ihr bedungene Auszug schon bei Lebzeiten des Ehemannes abzuentrichten ist, der unbeschränkte Genuß und die freie Verfügung über die ihr stipulirten Leistungen erst mit dem Tode des Ehemannes eintritt (zu vergl. Bekanntmachung vom 2. October 1839. No. 12. G.-S. v. J. 1839. pag. 279.), mithin die streitige Verfügung nicht früher als nach dem Ableben des Ehemannes zu voller rechtlicher Wirksamkeit gelangt. Der Inhalt des Bl. — flg. in extractweise beglaubigter Abschrift zu den Acten gebrachten Tauschcontractes giebt nun darüber klare Maaße, daß ein Fall der obenerwähnten Art gegenwärtig vorliegt. Dafür, daß der Erblasser bei diesem Vertrage eine Zuwendung auf seinen Todesfall beabsichtigt habe, spricht besonders noch der Umstand, daß nach Bl. — der Annehmer des in Tausch gegebenen Pferdnergutes ausdrücklich verpflichtet worden ist, der Beklagten nach dem Ableben des Ehemannes die Hälfte des bedungenen Auszugs fortzugewähren. Ob übrigens die nach §. 80. des Allodialerbfolgemandats erforderliche Genehmigung der Beklagten ausdrücklich oder durch schlüssige Thatsachen erklärt worden ist, macht in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied. Eine factische Genehmigung der fraglichen

Stipulation ist aber schon darin erkennbar, daß die Beklagte Bl. — unter Beziehung auf den Inhalt des Tauschcontractes Bl. — die Hälfte des bei dem Tode ihres Ehemannes in Rückstande verbliebenen Auszugs für sich in Anspruch genommen hat. Es bedarf deshalb nicht erst eines Eingehens auf die von ihr Bl. — angeregte Interventionsfrage. Thatsachen endlich, welche geeignet wären, die Behauptung zu rechtfertigen, daß der Erblasser nicht die Absicht gehabt habe, die Beklagte durch den ihr ausgesetzten lebenslänglichen Auszug ihres Pflichttheils halber abzufinden, sind von der letzteren nicht angeführt worden. Nach Ansicht der jetzigen Instanz streitet demnach die Präsumtion für diese Abfindung, und es ist deshalb reformatorisch der Widerspruch, den die Kläger Bl. — sub 3. gegen die Berücksichtigung des Erbfolgerechtes der Beklagten bei der Berechnung ihrer Erbtheile erhoben haben, nach der derzeitigen Actenlage als ein begründeter anzuerkennen gewesen. Diese Anerkennung hat jedoch nur in der in dem Urthel geschehenen Beschränkung ausgesprochen werden können. Denn das Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 gestattet in §. 82. der Ehefrau in Fällen der vorliegenden Art ausdrücklich die Ausführung einer entgegengesetzten Absicht des Erblassers, und das Recht, diese Ausführung annoch im Wege der ordentlichen Klage zu unternehmen, durfte der Beklagten nicht entzogen werden, weil dem tumultuarischen Verfahren, in welchem bisher die fragliche Differenz verhandelt worden ist, die präclusive Kraft abgeht, für die Beklagte mithin keine processualische Verbindlichkeit vorhanden war, das thatsächliche Material, was ihr möglicher Weise für die Begründung ihres Anspruchs zur Seite stehen kann, vor dem Bl. — anberaumten Inrotulationstermine actenkundig zu machen.

Daß dagegen die Anstellung der förmlichen Klage der Beklagten binnen sächsischer Frist unter dem Präjudize des Verlustes des Klagrechtes gestattet worden ist, beruht auf analoger Anwendung der für den Provocationsproceß geltenden Bestimmungen und der Nothwendigkeit, das Erbtheilungsgeschäft zu einem Ende zu führen."

Das Königliche Oberappellationsgericht (December 1853) stellte jedoch das erste Erkenntniß wieder her und fügte dem folgende Gründe bei:

„Das sächsische Erbfolgemandat vom 31. Januar 1829 ordnet im IV. Abschnitte §§. 66. f. die Erbfolge zwischen den Ehegatten, ertheilt dem überlebenden Ehegatten (§§. 66—69.) ein gesetzliches Erbrecht, betrachtet ihn diesfalls als Erben, nicht als Singularsuccessor, und bezeichnet (§. 70.) das, was er vermöge dieses Erbrechtes zu erhalten hat, beziehendlich unter Beschränkung auf eine Quote des Nachlasses, als Pflichttheil, welcher ihm durch keine Verfügung des andern Ehegatten entzogen, geschmälert oder beschwert werden darf.

Dies die Regel, welche jedoch nicht blos dann, wenn ein Anlaß zur Enterbung (§§. 84. f.) vorhanden ist, sondern auch, wie sich von selbst versteht, bei Verzichtleistung auf das gesetzliche Recht eine Ausnahme erleidet. Einer ausdrücklichen Verzichtleistung wird (§. 79.) es gleichgestellt und dem überlebenden Ehegatten auf die gesetzliche Erbfolge kein Anspruch zugestanden, wenn hierüber, und so viel den Pflichttheil betrifft, mit seiner Einwilligung etwas Anderes bestimmt worden ist.

Daß dies geschehen sei, und die Regel eine Ausnahme erleide, soll nach §. 80. unter folgenden Voraussetzungen im Zweifel angenommen werden, wenn entweder

a) dem überlebenden Ehegatten vertragsweise — (durch Vertrag zwischen den Ehegatten selbst) — aus dem Vermögen des Andern irgend etwas auf den Todesfall ausgesetzt worden ist, oder wenn derselbe

b) vermöge eines, unter seiner Zustimmung oder Genehmigung, mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrages etwas aus einer von dem Erblasser veräußerten Sache, z. B. einen Auszug, nach des Letzteren Tode erhalten soll.

Es wird durch die Worte „im Zweifel" eine gesetzliche Präsumtion aufgestellt, welche, wie dies auch noch ausdrücklich im §. 82. gesagt wird, dem überlebenden Ehegatten so lange entgegen stehen soll, als er nicht darzuthun vermag, daß der Erblasser bei seiner Disposition eine andere Absicht gehabt habe.

Bei gegenwärtiger Rechtssache kommt nicht der ad a. gedachte erste Fall der Präsumtion, sondern blos der zweite ad b. in Frage, indem die Kläger, unter Bezugnahme auf die im beglaubten Extracte Bl. — Vol. I. zu den Acten gebrachte Urkunde, gegen die Verabfolgung des der Wittwe des Erblassers gesetzlich gebührenden Erbtheiles an die Beklagte (Bl. — flg. sub 3.) um deswillen Widerspruch erheben, weil sie, besage jener Urkunde, in Gemäßheit eines von dem Erblasser unter ihrer Genehmigung mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrages aus dem mittelst dieses Vertrages veräußerten Grundstücke nach des Erblassers Tode einen Auszug erhalten solle.

Nun ergiebt sich aus der Urkunde Bl. — allerdings Nachweis dafür, daß mehrere der Voraus-

ſetzungen des zweiten Abſchnittes im §. 80. des Erbfolgemandats hier vorhanden ſind.

Der Erblaſſer hat am 4. April 1840

α) mit ſeinem Sohne, F. A. D., alſo mit einem Dritten — (nicht mit ſeiner Ehefrau) — einen Vertrag abgeſchloſſen und mittelſt deſſelben

β) ein ihm gehöriges Pferdnergut an ſeinen Sohn veräußert.

Die Beklagte iſt

γ) bei der am 24. April 1840 ſtattgefundenen gerichtlichen Vortragung des Vertrages vor Gericht mit erſchienen, hat (ſ. Bl. —) der Vorleſung und Recognition beigewohnt, und, da ſie, der ihr dazu gebotenen Gelegenheit und Veranlaſſung ungeachtet, gegen die ſie mit betreffende Auszugsbeſtimmung nichts erinnert, ſtillſchweigend ſolche genehmigt und acceptirt, auch iſt ſie überdies einigen dem Vertrage damals beigefügten Erläuterungen beigetreten. Der Vertrag iſt alſo als ein mit ihrer Zuſtimmung oder Genehmigung abgeſchloſſener zu betrachten. Einflußlos bleibt es, daß die Beklagte bei der ſpäter (am 29. April 1840), der Confirmation und Beleihung vorausgegangenen Verhandlung, bei welcher die Contrahenten die, ſpeciell auf das zu Gunſten der Beklagten im Vertrage Beſtimmte ſich beziehende, Bemerkung hinzufügten, daß, wie es ohnehin den rechtlichen Vorſchriften gemäß ſei, die Beklagte, wenn ſie ihren Ehemann überlebe, nur die Hälfte der theilbaren Auszugsgegenſtände zu erhalten habe, dem Inhalte der Urkunde nach (ſ. Bl. —), nicht concurrirte. Eben ſo einflußlos würde es ſein, wenn das Anführen der Beklagten Bl. — Vol. I., daß ſie blos zu dem Zwecke, um ſich wegen der von den Contrahenten über ihr Einbringen getroffenen Beſtimmung zu erklären, zu der für die Recognition und Genehmigung des Vertrags anberaumten gerichtlichen Verhandlung zugezogen worden ſei, begründet wäre, da es hierbei auf das, was geſchehen, nicht auf den das Gericht zu ihrer Abcitation veranlaſſenden Beweggrund ankommt. Zudem findet dieſes Anführen in der Urkunde (Bl. — Vol. I.) keine Unterſtützung; und ſo wie es bei der Appellation der Beklagten (Bl. — ſ. Vol. II.) ganz ohne Anregung geblieben iſt, ſo hat die Beklagte im Gegentheil bei der am 9. September 1852 ſtattgefundenen Erbregulirungsverhandlung (ſ. Bl. —) noch ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß ſie die in jenem Vertrage zu ihrem Gunſten getroffene Beſtimmung genehmige, indem ſie, unter Berufung auf jenen Vertrag, die Hälfte des für den bis zu dem Tode des Erblaſſers rückſtändigen Auszug vom Gutsbeſitzer eingezahlten Werthes verlangt und ſolche auch (ſ. Bl. — Vol. I.) rechtskräftig zugeſprochen erhalten hat.

Es fragt ſich daher nur noch

δ) darum, ob jener Vertrag eine Beſtimmung dahin enthalte, daß die Beklagte

> etwas — (den Auszug) — aus dem von dem Erblaſſer veräußerten Gute nach des Erblaſſers Tode erhalten ſolle.

Nach Inhalt des Vertrages (Bl. — flg. Vol. I.) hat der Acquirent des Gutes des Erblaſſers verſprochen,

> dem Erblaſſer und der Ehefrau deſſelben (der Beklagten) auf deren Lebenszeit die Herberge und einen nicht unbeträchtlichen Auszug zu gewähren.

Von der erſten Inſtanz iſt (Bl. — Vol. I.) die Beſtimmung am Schluſſe im §. 80. des Erbfolgemandats auf vorliegenden Fall nicht für anwendbar gehalten worden, weil ſich dieſe geſetzliche Beſtimmung lediglich auf Verträge auf den Todesfall beziehe, hier aber die Beklagte nach dem Vertrage Bl. — ſchon bei Lebzeiten ihres Ehemannes ein Recht auf den ihr im Vertrage ſtipulirten Auszug erhalten habe, wohingegen die zweite Inſtanz die ausgehobene Vertragsbeſtimmung für eine ſolche erachtet, wodurch der Anſpruch der Beklagten auf den geſetzlichen Erbtheil, in Gemäßheit der Vorſchrift im §. 80. des Erbfolgemandats, in Wegfall gelangt iſt.

Nicht der zweiten, ſondern der erſten Inſtanz hat das Oberappellationsgericht beizupflichten.

Anlangend die wörtliche Auslegung des Geſetzes, auf welche zunächſt in den vorigen Gründen (Bl. — Vol. I.) ſich geſtützt wird, ſo ſpricht ſolche keineswegs, wenigſtens nicht zweifellos, für die Annahme, es habe der Geſetzgeber durch die Worte: „wenn der überlebende Ehegatte aus einer von dem Erblaſſer veräußerten Sache etwas nach deſſen Tode erhalten ſoll", auch den hier vorliegenden Fall mit treffen wollen, wo ſich der ſein Grundſtück veräußernde Ehemann aus ſolchem für ſich und ſeine Ehefrau auf ihre beiderſeitige Lebenszeit einen Auszug vorbehält, wo alſo die Beſtimmung nicht eine Zuwendung blos an die Ehefrau, ſondern beider Eheleute Vortheil, zunächſt den des Ehemannes, nur nebenbei und eventuell den der Ehefrau mit bezweckt, und wo die Ehefrau, wenn ſie den Ehemann überlebt, nicht ein Recht, welches ſie nicht ſchon bei dem Leben ihres Ehemannes hatte, erhält, ſondern ein ihr ſchon bei dem Leben des Ehemannes zuſtehendes Recht behält, und blos dies Recht durch den Tod des Ehemannes nicht verliert, inſoweit ſie nicht durch vertragsmäßige Beſtimmung oder durch die rechtlichen Vorſchriften beſchränkt wird.

Die Erwägung (Bl. — Vol. I.), daß die Ehefrau in einem ſolchen Falle nicht ungünſtiger geſtellt ſei, als in dem Falle, wo ihr der Genuß des Auszugs erſt für die Zeit nach dem Tode des Mannes zugeſichert würde, möchte ſchon an ſich keinen erheblichen Grund zu der Annahme abgeben, es habe der Geſetzgeber mit den zunächſt auf den ſpeciellen Fall einer blos zu Gunſten der Ehefrau getroffenen und erſt nach dem Tode des Mannes zu erfüllenden Beſtimmung ſich beziehenden Worten des Geſetzes auch den davon verſchiedenen Fall, einer für beide Eheleute getroffenen und ſofort, noch bei Lebzeiten des Mannes, zu erfüllenden Beſtimmung mit gemeint. Die hierbei (Bl. — Vol. I.) allegirte Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom 2. October 1839. No. 12. (Geſ.-Bl. S. 279.) begründet wenigſtens die Annahme nicht, es ſei die Ehefrau in dem Falle, wenn im Vertrage blos beſtimmt iſt, ſie ſollte nach dem Tode des Mannes einen Auszug erhalten, eben ſo günſtig geſtellt, als in dem Falle, wo der Acquirent des Gutes beiden Eheleuten auf ihre Lebenszeit einen Auszug verſprochen und auch die Ehefrau dieſen zugeſagten Vorbehalt acceptirt hat. Hier erlangt ſie, nach dem allegirten 12ten Rechtsſatze vom 2. October 1839, ſchon bei Lebzeiten des Ehemannes ein eignes Recht, welches ihr von dem Manne nachher nicht entzogen oder geſchmälert werden konnte, und deſſen Ausübung nur denjenigen Beſchränkungen unterlag, welche die rechtlichen Vorſchriften über die dem Ehemanne in Bezug auf das Vermögen der Frau — (mit Ausnahme des Receptitiengutes) — überhaupt zuſtehenden Befugniſſe mit ſich bringen. Auch liefern die Acten in gegenwärtiger Rechtsſache den Beleg dafür, daß die Ehefrau durch die von dem Acquirenten des Grundſtücks an den Veräußerer und deſſen Frau ertheilte Zuſage eines lebenslänglichen Auszugs in der That beſſer geſtellt ſei, als durch die Zuſage eines ihr erſt nach dem Tode des Ehemannes zu gewährenden Auszugs. Denn der Beklagten iſt die von ihr Bl. — Vol. I. verlangte Hälfte des bei Lebzeiten des Mannes im Rückſtande verbliebenen Auszugs Bl. — d. Vol. zugeſprochen worden.

Der Anwendbarkeit des zweiten Abſchnitts im §. 80. des Erbfolgemandats ſtehen aber vornämlich noch folgende Erwägungen entgegen:

Dieſe Geſetzſtelle iſt ſtreng auszulegen, da ſie eine lex specialis iſt, eine Ausnahme von der Regel feſtſetzt und vorſchreibt, daß eine Enterbung oder Verzichtleiſtung auf das geſetzliche Erbrecht, ohne daß das Eine oder das Andere ausdrücklich ausgeſprochen, aus einer gewiſſen Handlung präſumirt werden ſolle.

Das Geſetz hat, ſeinem aus dem im Eingange dieſer Entſcheidungsgründe angegebenen Inhalte der §§. 66. flg. ſich unverkennbar ergebenden Sinne nach, bei Aufſtellung gedachter Präſumtion einer Enterbung und Verzichtleiſtung nur ſolche Fälle treffen wollen, wo nach dem, was gewöhnlich vorkommt, die Ehegatten hinſichtlich ihres Erbtheils durch andere und ſolche Dispoſitionen zu ihrem Gunſten abgefunden werden, welche wirklich den Zweck haben, eine Abfindung wegen des Erbrechtes zu bewirken, ohne daß ſolches mit ausdrücklichen Worten ausgeſprochen wird. Nicht läßt ſich annehmen, daß bei jedem ſolchen, von dem einen Ehegatten für ſich und den Andern gemachten Vorbehalte eines lebenslänglichen Auszugs eine Abfindung wegen des Erbtheils beabſichtigt werde.

So wie nach dem erſten Abſchnitte in §. 80. des Erbfolgemandats die Präſumtion einer Abfindung und Verzichtleiſtung bei den in Verträgen zwiſchen den Ehegatten getroffenen Beſtimmungen nur dann eintreten ſoll, wenn dem einen Ehegatten aus dem Vermögen des Andern etwas auf den Todesfall ausgeſetzt worden iſt, ſo ſoll ſie bei den in einem Vertrage des einen Ehegatten mit einem Dritten zu Gunſten des andern Ehegatten getroffenen Beſtimmungen ebenfalls nur dann eintreten, wenn die Zuwendung aus dem Vermögen des Disponirenden von dem Tode deſſelben abhängig, der Eintritt des Rechtes des Ueberlebenden auf den Tod des Disponirenden geſtellt, hierdurch der Zuwendung die Eigenſchaft einer Abfindung beigelegt und die Abſicht, in dieſer Zuwendung eine Abfindung wegen des Erbtheils zu bewirken, kundgegeben wird.

Von dieſer Anſicht iſt das Oberappellationsgericht nicht blos bei dem in der Zeitſchrift f. Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge, Band I. S. 340 ff. abgedruckten Erkenntniſſe vom 25. Februar 1840 in Sachen der verw. L. ℳ. L., ſondern auch bei ſpäteren Erkenntniſſen, namentlich in Sachen G. und Conſ. ℳ. verw. G. II. 578/550. vom 13. Januar 1844, in Sachen der verw. St. ℳ. St. und Conſ. II. 852/761. vom 17. Juli 1845, in Sachen R. und Conſ. ℳ. verw. R. II. 393/352. vom 22. September 1846 und in Sachen der verw. A. ℳ. A. und Conſ. II. 708/644. vom 5. December 1848, ausgegangen.

Obwohl hiernach auf die erſte Appellationsbeſchwerde der Beklagten die Entſcheidung der erſten Inſtanz in der Hauptſache herzuſtellen war, ſo mußte es doch auf die zweite Beſchwerde der Beklagten bei der Compenſation der Koſten voriger Inſtanz bewenden, da die Frage, ob §. 80. des Erbfolgemandats auf Fälle der vorliegenden Art Anwen-

dung leide, nicht als eine zweifellose betrachtet werden kann."

---

Der Mittheilung dieses Rechtsfalles erlaubt sich der Einsender noch wenige Worte über die in fraglicher Hinsicht für die Zukunft in Aussicht gestellten Rechtsvorschriften hinzuzufügen.

Im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches §§. 1812. 1813. wird gerade das Gegentheil von dem, was §. 80. des Erbfolgemandats vorschreibt, vorgeschlagen. Nach §. 1812. wird,

> wenn der Pflichttheilsberechtigte vermöge eines unter seiner Zustimmung von dem Erblasser mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags etwas aus einer von dem Erblasser veräußerten Sache nach des letztern Tode erhalten soll,

dies im Zweifel nicht als eine Abfindung für den Pflichttheil oder als eine Verzichtung auf denselben anzusehen, sondern nach §. 1813. in den Pflichttheil einzurechnen sein. Die Motiven hierzu lauten §. 433.: „Man hielt es zwar für angemessen, daß einem Ehegatten dasjenige, was ihm der Andere auf den Fall seines Todes beschieden hat, auf den Pflichttheil zugerechnet werde, vermochte aber nicht die Ueberzeugung zu gewinnen, daß Handlungen von der Beschaffenheit, wie in jenem Paragraph erwähnt sind, den Verzicht auf ein Recht, welches das Gesetz aus wichtigen Gründen zubilliget, so klar und bestimmt vor Augen legen, daß man eine Vermuthung darauf begründen könnte, eine Vermuthung, welche, der Allgemeinheit der Fassung nach, auch in den Fällen zur Anwendung kommen muß, wenn die Verfügung, die dem überlebenden Ehegatten einen unbedeutenden Vermögensvortheil zuwendet, zu einer Zeit entstanden ist, wo das Vermögen des Erblassers ein viel geringeres war, als die Masse bei der Nachlaßregulirung beträgt."

Zwar wird, wenn dieser Vorschlag im Entwurfe Gesetzeskraft erlangt hat, die jetzt so oft in Streit gezogene Frage, ob die in dem über die Veräußerung eines Grundstücks von dem Erblasser mit einem Dritten geschlossenen Vertrage enthaltene Stipulation eines Auszuges für den Erblasser und dessen Ehegatten auf ihre Lebenszeit, bei welcher also der überlebende Ehegatte den Auszug auch nach des Erblassers Tode erhalten soll, im Zweifel wie eine Verfügung auf den Todesfall zu betrachten sei, nach verschiedener Ansicht beantwortet, und es wird außerdem auch noch namentlich Zweifel darüber erhoben werden können, ob und wie man die Vorschrift im §. 1813., nach welcher dem Pflichttheilsberechtigten in den §. 1812. erwähnten Fällen der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils, doch nur unter Zurechnung des bereits Empfangenen, offen bleibt, auch auf den Fall anzuwenden habe, wo der Ueberlebende einen ihm bei Lebzeiten des Erblassers bedungenen und von ihm bereits bei dessen Leben genossenen Auszug nach des Erblassers Tode weiter zu erhalten hat. Bereits empfangen hat der Ueberlebende blos das, was der Erblasser für sich und den Ueberlebenden bedungen und bezogen hatte; das, was der Ueberlebende nach dem Tode des Erblassers zu empfangen hat, kann, wörtlich genommen, nicht etwas bereits Empfangenes genannt werden. Inzwischen scheint nach den Motiven und nach §. 1833. die Meinung wohl dahin zu gehen, daß in einem solchen Falle das Recht des Ueberlebenden auf den Fortgenuß des Auszugs nach seinem, unter Beachtung der — (von dem, was auf Grund der l. 68. D. ad leg. Falc. [35. 2.] nach Kori, Erörterungen, Th. 3. S. 103 f. und Nr. 39. der Rechtsätze des Oberappellationsgerichts über den Auszug vom 2. October 1839 bisher bestand, allerdings erheblich abweichenden) — Vorschrift über die muthmaßliche Lebensdauer im §. 30. des Entwurfs, ermittelten Capitalwerthe als das bereits Empfangene und in den Pflichttheil Einzureichende anzusehen sei.

---

## 33.

**Aus der rechtlichen Unerzwingbarkeit der Erfüllung eines Eheverlöbnisses folgt zugleich die Unverbindlichkeit und Unklagbarkeit aller mit Hinsicht auf die künftige Ehe und wegen der letzteren eingegangenen Verträge.**

(Nachtrag zu dem in Nr. 53. des Jahrgangs 1853 unter 98. S. 417 flg. referirten Rechtsfalle.)

Mitgetheilt von

Herrn S—r in B.

Klägerin wendete gegen das a. a. O. angegebene Urthel dritter Instanz Berufung ein, worauf von dem Königl. Oberappellationsgericht unterm 19. October 1853 folgendes theilweise abändernde Erkenntniß ertheilt wurde:

„Daß es bei dem nurgedachten Urthel in soweit, als darin der Klägerin Suchen überhaupt für unstatthaft erachtet worden, nicht zu lassen. Würde vielmehr Beklagter den angetragenen, Bl. — angenommenen Eid entweder zu den Einl.-Abschnitten 38. bis mit 50. dahin:

> daß er bei einer am Ostermontage des Jahres 1851 stattgefundenen Zusammenkunft mit der Klägerin dieser, nachdem er ihr mitgetheilt, er

besitze, ohne daß seine Kinder erster Ehe etwas davon wüßten, unter Anderm ein Vermögen von 24,000 Thlrn. —ˢ —ˢ, keineswegs das Versprechen abgegeben habe, daß er ihr noch vor der Trauung zwischen ihnen von diesen 24,000 Thlrn. —ˢ —ˢ die Summe von 6000 Thlrn. —ˢ —ˢ mehr oder weniger schenken und eigenthümlich überlassen wolle, er auch nicht hinzugefügt, Klägerin könne es bei einer Brüdergemeinde oder in einem sonstigen Orte untergebracht verlangen,

oder zu den Einl.-Abschnitten 57. 58. 59. und 61. bis 66. dahin:

daß Klägerin weder das in den Einl.-Abschnitten 38 flg. erwähnte Versprechen des Beklagten mit ausdrücklichen Worten angenommen, noch darauf erklärt habe, daß sie dieses Geschenk am liebsten bei einer Brüdergemeinde untergebracht zu sehen wünsche,

leisten, so ist Beklagter von der erhobenen Klage, insoweit solche auf dem in der Klage Bl. — erwähnten, nach der Klägerin Behauptung am Ostermontage 1851 von Beklagtem geleisteten Versprechen beruht und der Klägerin Suchen nicht bereits in dem Bl. — zu lesenden, Bl. — bestätigten Erkenntnisse angebrachter Maaßen abgewiesen worden, zu entbinden und loszuzählen.

Dagegen ist das angefochtene Erkenntniß im Uebrigen, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, und sind die Kosten des Rechtsmittels zwischen den Parteien gegeneinander aufzuheben."

Dieser Entscheidung waren folgende Gründe beigefügt:

„Das in zweiter Instanz Bl. — durchgängig bestätigte Urthel Bl. — hat

1.

der Klägerin Suchen, soweit solches auf ein Mehreres als die Summe von 500 Ducaten, ferner auf sofortige Gewährung und Baarzahlung derselben, ingleichen auf den Zinsgenuß während der Lebenszeit des Beklagten gerichtet worden, angebrachter Maaßen abgewiesen, dagegen

2.

im Uebrigen die Klage aufrecht erhalten und Beklagten von derselben unter vorausgesetzter Leistung des Bl. — erkannten Eides entbunden und losgezählt.

Wenn nun in der dritten Instanz der Klägerin Suchen überhaupt angebrachter Maaßen abgewiesen worden, so stimmt dieses Erkenntniß zu 1. mit den vorigen Entscheidungen überein, enthält dagegen zu 2. eine für Klägerin nachtheilige Abänderung derselben, gegen welche erstere nach §. 12. und 26. des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1835 nochmals appelliren konnte.

Das von der Klägerin eingewendete Rechtsmittel bezweckt auch nach der Deductionsschrift Bl. — lediglich die Wiederherstellung der Entscheidung erster und zweiter Instanz, und dessen formelle Zulässigkeit unterliegt daher keinem Zweifel.

Was die Sache selbst anlangt, so erscheint es zwar nach der eignen Darstellung der Klägerin zweifellos, daß Beklagter zu den beiden in der Klage erwähnten Versprechen durch das mit der Klägerin eingegangene Eheverlöbniß veranlaßt worden. Hieraus folgt aber noch nicht so unbedingt, daß beide Versprechen hinsichtlich ihrer Rechtsverbindlichkeit nach der durch den Rücktritt des Beklagten herbeigeführten Auflösung des Eheverlöbnisses einer und derselben rechtlichen Beurtheilung zu unterwerfen seien. Vielmehr ist man bei nochmaliger Erwägung der Sache aus nachbemerkten Gründen zu der Ansicht gelangt, daß der Klägerin ein Klagrecht aus dem in der Klage zuerst erwähnten Versprechen zwar nicht zuzugestehen und hierin das vorige Erkenntniß zu bestätigen, dagegen dem in der Klage zuletzt erwähnten Versprechen die Klagbarkeit — soweit darüber in Folge des vorliegenden Rechtsmittels gegenwärtig noch zu cognosciren ist, nicht abzusprechen sei.

Das erste Bl. — erwähnte Versprechen soll Beklagter der Klägerin nicht von freien Stücken, sondern in Folge des von der Klägerin ausgesprochenen Wunsches ertheilt haben:

„In Ansehung des zwischen ihnen verabredeten und einzugehenden Ehebündnisses für ihren Lebensunterhalt in dem Falle sichergestellt zu werden, daß Beklagter vor der Klägerin versterben sollte".

In der vom Beklagten hierauf gegebenen Zusage kann daher nur eine Gewährung dieses Wunsches gefunden werden, und da letzterer Seiten der Klägerin offenbar nur dahin gegangen ist, in dem Falle ihres künftigen Wittwenstandes für ihren Lebensunterhalt sichergestellt zu werden, so darf auch Beklagtem bei dem geleisteten Versprechen eine über die Gewährung dieses Wunsches hinausgehende Absicht nicht beigelegt, und auf die für eine wirkliche unbedingte Schenkung sprechende Form dieses Versprechens kein wesentliches Gewicht gelegt werden.

(Schluß in der gleichzeitig erscheinenden Nummer 18.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 18.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

(Schluß aus No. 17.)

Da vielmehr Klägerin natürlich bei dem von ihr ausgesprochenen Wunsche von der Voraussetzung der Vollziehung der Ehe ausgegangen ist und nur für den Fall des Eintritts dieser Voraussetzung den Wunsch hegen und äußern können, ihren Lebensunterhalt als Wittwe sichergestellt zu sehen, so muß angenommen werden, daß auch Beklagter bei dem Behufs der Erfüllung dieses Wunsches geleisteten Versprechen nicht nur von der Annahme ausgegangen sei, daß die Ehe mit der Klägerin zu Stande kommen werde, sondern daß Beklagter das Versprechen auch nur für den Fall des Zustandekommens der Ehe geleistet habe. Daß aber aus der in voriger Instanz Bl. — geltend gemachten, auf §. 52. und 53. des Gesetzes sub C. vom 28. Januar 1835 beruhenden rechtlichen Unerzwingbarkeit der Erfüllung eines Eheverlöbnisses zugleich die Unerzwingbarkeit der Erfüllung aller nur für den Fall der Eingehung der Ehe abgeschlossenen Verträge folge, unterliegt keinem erheblichen Bedenken, und mit dem einseitigen Rücktritte des Beklagten von dem Eheverlöbnisse, woran derselbe rechtlich nicht behindert werden kann, hat sich daher auch das erste in der Klage erwähnte Versprechen erledigt.

Uebrigens hat Klägerin, als Beklagter sie nach dem ersten brieflich ausgesprochenen Rücktritt von dem Eheverlöbnisse vom 19. Januar 1851 gebeten:

> „sie möge Alles, was in dem Briefe vom 15. Januar 1851 gestanden, vergessen, und es solle zwischen ihnen Alles beim Alten bleiben",

hierauf geständlich erwidert:

> „sie wolle sich das überlegen",

und nur erst später will Klägerin zu der Bereitwilligkeit, Beklagten zu ehelichen, zurückgekehrt sein.

In nurerwähnter Aeußerung der Klägerin liegt aber unverkennbar der Ausdruck des Vorsatzes, auch ihrerseits an dem dem Beklagten früher gegebenen Eheversprechen nicht weiter gebunden sein zu wollen, und hiernach scheint Klägerin, welche bei Bereitwilligkeit des Beklagten zu Eingehung der Ehe natürlich nicht ihrerseits diese verweigern und dennoch die Erfüllung des Schenkungsversprechens fordern konnte, nach dem ersten Rücktritte des Beklagten selbst nicht nur das Verlöbniß, sondern auch den damit zusammenhängenden Vertrag als aufgelöst angesehen zu haben, mit welcher Annahme auch das Vorbringen ihres Sachwalters Bl. — übereinstimmt.

Das zweite Versprechen ist unter folgenden, in der Klage angeführten, pct. lit. cont. 37. vom Beklagten eingeräumten thatsächlichen Verhältnissen erfolgt.

Nach der ersten von der Klägerin nicht sofort zugesagten Bitte des Beklagten, den Inhalt des vorerwähnten Briefes zu vergessen und Alles beim Alten zu lassen, hat Klägerin auf den wiederholten Antrag des Beklagten, ihm noch die Hand zu reichen, sich hierzu wieder bereit erklärt, und nach der Art und Weise, in welcher der auf den Ostermontag fallenden Zusammenkunft Bl. — Erwähnung geschieht, muß man annehmen, daß dieses anderweite Einverständniß der Parteien nicht erst an diesem Tage, sondern schon bei einem der früheren, Bl. — erwähnten Besuche erzielt worden, woraus zugleich folgt, daß bei der anderweiten Vereinigung der Parteien wegen Vollziehung des Ehebündnisses des früheren

Verſprechens keine Erwähnung geſchehen. Am vorgedachten Tage, wo beide Parteien ihre Verehelichung als bereits nahe bevorſtehend angeſehen und über die nach dieſer zu treffenden häuslichen Einrichtungen ſich beſprachen, hat Beklagter der Klägerin mitgetheilt, daß er unter Andern ein Vermögen von 24,000 Thalern beſitze, wovon ſeine Kinder nichts wüßten, und auf dieſe Mittheilung ſoll nun, ohne eine dazwiſchen fallende Erwiderung der Klägerin, das Verſprechen des Beklagten erfolgt ſein:

„daß er der Klägerin noch vor der Trauung zwiſchen ihnen von dieſen 24,000 Thalern —„ —„ die Summe von 6000 Thalern —„ —„ ſchenken und eigenthümlich überlaſſen wolle“,

und Beklagter noch hinzugefügt habe:

„Du kannſt es bei einer Brüdergemeinde oder in einem ſonſtigen Orte untergebracht verlangen, — wenn ich die Zinſen davon verlange, ſo nehme ich dieſe an mich, ſonſt fallen auch dieſe Dir zu“.

Nun war zwar zur Zeit dieſes neueren Verſprechens allerdings daſſelbe Verhältniß zwiſchen den Parteien wieder hergeſtellt, in welchem ſie zur Zeit des früheren zu einander geſtanden hatten. Beide Verſprechen ſtimmen auch ſowohl hinſichtlich der Summe als darin überein, daß die Erfüllung noch vor der Trauung der Parteien mit einander erfolgen ſollen, und Klägerin ſelbſt nennt das neuere Verſprechen in der Klage ein wiederholtes. Wie aber dieſe auch in voriger Inſtanz nur nebenher erwähnte Bezeichnung der Klägerin, welche hiermit leicht möglicher Weiſe nur die Gleichheit des Objects des Vertrages und die die Erfüllung betreffende Zeitbeſtimmung andeuten wollen, nicht zum Präjudiz gereichen kann, ſo berechtigt, nach der Anſicht der jetzigen Inſtanz, die Wiederherſtellung des früheren Verhältniſſes zwiſchen den Parteien und die Uebereinſtimmung beider Verträge in den vorbezeichneten Momenten an ſich noch nicht zu der Folgerung, daß auch der Wille der Parteien hinſichtlich des durch den Vertrag feſtzuſtellenden Rechtsverhältniſſes bei beiden Verträgen der nämliche geweſen und dieſelben bei dem neueren nur die Abſicht gehabt, lediglich das alte, für den Fall der Verehelichung eingegangene Vertragsverhältniß wieder herzuſtellen. Vielmehr iſt, da bei dem neueren Vertrage des früheren, nachgewieſener Maaßen erledigten und vorausſetzlich auch Seiten der Parteien als erledigt angeſehenen Verſprechens gar keine Erwähnung geſchehen, von der Annahme auszugehen, daß Beklagter durch das neuere Verſprechen nicht ein Anerkenntniß der Fortdauer oder des Wiederauflebens der durch die frühere Zuſage übernommenen, nach Obigem nur eventuellen Verbindlichkeiten ausſprechen wollen, ſondern die anderweite Zuſage als ein ganz neues, auf ſeiner freien Entſchließung beruhendes, zu einem neuen Vertragsverhältniß führendes Verſprechen angeſehen und Klägerin ſolches in demſelben Sinne aufgefaßt und angenommen habe. Läßt man nun bei der rechtlichen Beurtheilung dieſes neueren Vertrages, wie hiernach geſchehen muß, das frühere Verſprechen und die Umſtände, unter denen ſolches erfolgt war, inſonderheit alſo auch den in einer vorangegangenen Eröffnung der Klägerin beruhenden Vorgang, welcher das frühere Vertragsverhältniß als ein nur eventuelles charakteriſirte, außer aller Berückſichtigung, und faßt lediglich den Inhalt des neueren Vertrages und die Umſtände, unter welchen dieſer eingegangen worden, in das Auge, ſo gelangt man zu einem von der vorigen Inſtanz abweichenden Ergebniſſe.

Den Worten nach ſtellt ſich das neuere Verſprechen des Beklagten als eine zum vollſtändigen rechtsgültigen Abſchluſſe gelangte Schenkung dar, deren Erfüllung mit der Verehelichung der Parteien keineswegs in einem nothwendigen Zuſammenhange ſteht. Ebenſowenig gewähren, wie ſolches bei dem früheren Verſprechen der Fall war, dieſe Antecedentien einen hinreichenden Grund für die Annahme, daß Beklagter ſich nur auf den Fall des Zuſtandekommens der Ehe habe verbindlich machen, und der Klägerin nur für den Fall ihres Wittwenſtandes eine Subſiſtenz habe ſichern wollen, indem die Aeußerung des klägeriſchen Sachwalters Bl. — auf eine unſchädliche Darlegung einer unrichtigen Rechtsanſicht hinausläuft.

Ein Eheverlöbniß im rechtlichen Sinne des Wortes, d. h. ein Verlöbniß, auf deſſen Grund die Trauung der Parteien erfolgen konnte, beſtand zwiſchen denſelben zu der Zeit, wo der zweite Vertrag abgeſchloſſen worden ſein ſoll, nicht. Denn aus der nach Bl. — ertheilten Dispenſation vom dreimaligen Aufgebote folgt dies keineswegs, da dergleichen Dispenſationen nicht erſt nach beigebrachtem Nachweiſe, daß der Trauung kein ſonſtiges Hinderniß entgegenſtehe, ſondern in der Vorausſetzung ertheilt werden, daß die Betheiligten in dieſer Beziehung das Erforderliche, inſonderheit die Einwilligung oder den Tod der Eltern bei dem zuſtändigen Pfarrer annoch beibringen.

vergl. das mittelſt Reſcripts vom 15. Januar 1808 bekannt gemachte Regulativ wegen des Aufgebots ꝛc. §. 45. und 46. (C. A. 3te Fortſ. Bd. 1. S. 164.)

Klägerin giebt auch Bl. — selbst zu, daß Beklagter bei der Leistung des zweiten Versprechens ihren noch lebenden Vater um dessen Einwilligung noch gar nicht gebeten habe. Das zwischen den Parteien damals bestandene Eheverlöbniß fällt daher unter den Begriff der schon vor dem Gesetze sub C. vom 28. Januar 1835 jeder rechtlichen Wirkung entbehrenden sogenannten sponsalia clandestina. Nichtsdestoweniger geht aus der Klage und demjenigen, was Beklagter pct. l. c. 37. dazu einräumt, klar hervor, daß es zu der Zeit, wo das zweite Versprechen ertheilt worden sein soll, der ernste feste Entschluß der Parteien gewesen, sich zu verehelichen, und daß sie damals die künftige Ehe nicht als ein noch ungewisses, von der willkürlichen Herbeiführung eines öffentlichen Verlöbnisses und der ebenfalls willkürlichen Erfüllung des letzteren abhängiges Ereigniß angesehen, sondern das Beharren bei diesem Entschlusse und dessen Ausführung als etwas Ausgemachtes und die Ehe selbst als eine nur noch hinsichtlich der Zeit seines Eintrittes ungewisses Ereigniß betrachtet haben. War aber der damalige Vorsatz des Beklagten, die Klägerin zu ehelichen, ein fester und unbedingter, so war voraussetzlich auch dessen Absicht, der Klägerin die libellirte Schenkung zu machen, eine feste und unbedingte, bei welcher die künftige Ehe nur als ein Beweggrund gegolten hat, dessen spätere Erledigung der Rechtsgültigkeit eines Vertrages keinen Eintrag thut. Bei Beurtheilung der Willensrichtung des Beklagten bei Eingehung des fraglichen Schenkungsvertrages und des hiervon abhängenden Einflusses des Rücktrittes von dem Eheversprechen auf die Rechtsgültigkeit der Schenkung ist nicht die objective Ungewißheit der Ausführung des in ein gültiges Verlöbniß noch gar nicht übergegangenen Eheversprechens und die diesfallsige rechtliche Willensfreiheit des Beklagten, sondern der obbezeichnete objective Gesichtspunkt als entscheidend anzusehen, aus welchem Beklagter das Eheversprechen damals betrachtete, und dies führt, da, wie bereits bemerkt worden, Beklagter die künftige Ehe mit der Klägerin offenbar als ein nur noch hinsichtlich der Zeit unbestimmtes Ereigniß angesehen hat, auch die Vollziehung der Ehe mit der Erfüllung des Versprechens in keinem nothwendigen sachlichen Zusammenhange steht, zu der Ansicht, daß der vom Beklagten hinsichtlich der Schenkung ausgesprochene Wille und die dabei gehegte Absicht, sich verbindlich zu machen, hinsichtlich der Entstehung zwar auf der Annahme beruht, daß er die Klägerin ehelichen werde, durch den künftigen Eintritt dieser Annahme aber nicht bedingt, vielmehr definitiver und vorbehaltloser Natur war. Dann stellt sich aber auch der Schenkungsvertrag als ein definitiv abgeschlossenes Geschäft dar, dessen Rechtsgültigkeit dadurch nicht wieder aufgehoben werden kann, daß der Verpflichtete die Willensrichtung, auf welcher die Eingehung des Vertrags beruht, später willkürlich wieder verläßt. Der Beisatz, daß die Schenkung noch vor der Trauung erfüllt werden sollen, enthält — weil die Parteien den objectiv allerdings ungewissen Eintritt dieses Ereignisses als gewiß ansahen — einen dies, der sich mit dem Augenblicke der Gewißheit seines Nichteintritts erledigt hat.

Unter diesen Umständen sind übrigens die Bestimmungen des Gesetzes sub C. vom 28. Januar 1835. §. 52. und 53. bei Beurtheilung der Klagbarkeit des letzten Versprechens gar nicht als einschlagend anzusehen und eines ausdrücklichen Erbietens der Klägerin in der Klage zur Vollziehung der Ehe bedurfte es nicht. Ob dagegen Beklagter zur Erfüllung der Schenkung auch dann verbunden sein würde, wenn Beklagter seine Bereitwilligkeit zur Ehelichung der Klägerin annoch erklärte, und dies nun von Letzterer verweigert würde, kann mit Rücksicht auf die Erklärung der Klägerin im Verfahren Bl. — dahin gestellt bleiben, und Momente der vom Beklagten Bl. — angedeuteten Art hätte derselbe Ausflucht sweise geltend machen müssen.

Die alternative Fassung des Eides findet in der Rücksicht ihre Rechtfertigung, daß das libellirte Versprechen natürlich der Acceptation bedurfte, welche Inhalts der Klage auf doppelte Weise erfolgt sein soll, in der Klaganstellung aber schon deshalb nicht gefunden werden kann, weil die Schenkung nur aus dem Gesichtspunkte eines vor dem letzten Rücktritt des Beklagten von dem Eheversprechen bereits perfect gewordenen Rechtsgeschäfts aufrecht erhalten werden konnte, die zu der Perfection des Geschäfts wesentlich gehörige Acceptation also dem Rücktritte des Beklagten natürlich vorausgegangen sein muß.

Hinsichtlich des Versprechens selbst war der Eid so zu fassen, wie dieses — zugleich unter Beziehung auf eine vorherige Mittheilung des Beklagten über seine Vermögensverhältnisse — ertheilt worden sein soll, wogegen der Vorbehalt wegen der Zinsen der Aufnahme in den Eid nicht bedurfte, weil das diesfallsige Anführen in der Klage lediglich aus dem Gesichtspunkte eines Geständnisses der Klägerin aufzufassen ist.

Die Compensation sämmtlicher Proceßkosten rechtfertigt sich durch die vielfachen in der Sache liegenden Zweifel und den Wechsel der Erkenntnisse."

## 34.

### Ueber die ſubſidiäre Verpflichtung entfernterer Adſcendenten zur Alimentirung ihrer ehelichen Deſcendenten.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. B. in L.

Der Vormund des minderjährigen H., Namens B., erhob im Mai 1853 gegen die verwittwete H. in L., die eheliche Großmutter ſeines Mündels von väterlicher Seite, Klage auf Alimentation des Letztern, zu deren Begründung er anführte: der eheliche Vater des Kindes habe ſich bereits vor einem Jahre von L., ſeinem bisherigen Aufenthaltsorte, ohne Vorwiſſen ſeiner Ehefrau entfernt, ohne Mittel zum Unterhalte für ſie oder ihr Kind zu hinterlaſſen, und ihr von Hamburg aus mittelſt Briefes vom 15. Mai 1853 mitgetheilt, daß er ſich auf einem Auswandererſchiffe, das noch deſſelben Tages unter Segel gehen werde, nach Amerika eingeſchifft habe, ſeit der Zeit aber keine Nachricht von ſich gegeben, ſo daß ſein Aufenthalt jetzt unbekannt, ja ungewiß ſei, ob er ſich noch am Leben befinde.

Die Mutter des Kindes ſei im März 1853 verſtorben, ohne etwas zu hinterlaſſen, das Kind ſelbſt habe auch ſonſt keine Mittel und ſei deshalb, und weil Beklagte trotz wiederholter ſeiten des Stadtrathes, wie des Armendirectorii zu L. an ſie ergangener Aufforderungen, ſich des Kindes anzunehmen, ſich deſſen beharrlich geweigert habe, vorläufig im Waiſenhauſe untergebracht worden. Beklagte, die außer ihrem Sohne von den väterlichen Adſcendenten des Kindes allein noch am Leben ſei, ſei bemittelt und wohl im Stande, dem Kinde ſeinen Lebensunterhalt zu gewähren (was Kläger durch genauere Schilderung ihrer Vermögensverhältniſſe begründete), und demzufolge hierzu um ſo ſicherer verpflichtet, als die Großmutter des Kindes von mütterlicher Seite, die ſich allein von den mütterlichen Adſcendenten deſſelben noch am Leben befinde, ſelbſt mittellos ſei, Unterſtützung genieße und im Armenhauſe untergebracht ſei.

Beklagte räumte ein, daß ſie eheliche Großmutter des Mündels und von deſſen väterlichen Adſcendenten außer ihrem Sohne allein noch am Leben ſei, daß Letzterer ſich vor Jahresfriſt von L. entfernt und von Hamburg aus ſeine Auswanderung nach Amerika gemeldet habe, daß die eheliche Mutter des Kindes inzwiſchen verſtorben, die mütterlichen Großeltern deſſelben nicht im Stande ſeien, daſſelbe zu ernähren, und das Kind auch ſelbſt nichts habe, wovon es erhalten werden könne, endlich, daß ſie ſelbſt, die Beklagte, ſich auf die ſeiten des Stadtrathes deshalb an ſie ergangene Aufforderung geweigert habe, ſich des Kindes anzunehmen. Die über ihre Vermögensverhältniſſe in der Klage enthaltenen Angaben geſtand ſie zum Theile zu, zum Theile ſtellte ſie dieſelben ins Leugnen, und beſtritt die Statthaftigkeit der Klage in der Hauptſache um deswillen, weil nicht nachgewieſen ſei, daß der Vater des Kindes auf Alimentation deſſelben fruchtlos ausgeklagt, und die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen ſei, daß er von Amerika zurückgekehrt ſein könne.

Das im September 1853 in erſter Inſtanz vom K. Spruchcollegium ertheilte Urthel wies die Klage unter Compenſation der Koſten in der angebrachten Maaße ab,

weil, wenn man auch dahingeſtellt ſein laſſen wolle, ob dem, was Beklagte gegen die Schlüſſigkeit des Libells bemerkt, beizuſtimmen geweſen ſein würde, und ob nicht vielmehr der diesfallſige Einwand durch das Zugeſtändniß beim 6ten Einlaſſungsabſchnitte (hier hatte Beklagter die ſeiten ihres Sohnes ſeiner Ehefrau von Hamburg aus gemachte Meldung von ſeiner Auswanderung zugeſtanden) und durch das gerichtliche Zeugniß Bl. —, wonach der Vater des unmündigen H. als abweſend bevormundet werde, für widerlegt zu achten, weiter, wenn auch die Beantwortung der Frage auf ſich beruhen könne, ob zu der Ernährung eines unvermögenden Kindes, falls deſſen Mutter verſterben und von dem Vater etwas nicht zu erlangen, zunächſt die väterlichen oder die mütterlichen Adſcendenten oder Beide gleichzeitig verbunden ſeien, da aus dem Zeugniſſe Bl. — zur Genüge hervorgehe, daß der Großvater des genannten Unmündigen von mütterlicher Seite bereits verſtorben ſei, deſſen Großmutter von mütterlicher Seite aber Armenunterſtützung genieße, doch der erhobenen Klage entgegenſtehe, daß, nach dem eignen Anführen Klägers und dem Zeugniſſe Bl. —, deſſen Tuend gegenwärtig in dem Waiſenhauſe zu L. aufgenommen ſei und dort verpflegt werde, mithin die Alimente, welche ihm Kläger aus der Hand der Beklagten verſchaffen wolle, aus dritter Hand bereits genieße, unter ſolchen Umſtänden aber wohl nach Befinden dem Stadtrathe zu L. für die Stadtcommun eine Klage gegen die Beklagte zuſtehen könne, dagegen es Klägerm wenigſtens vorausſetzlich an jedem rechtlichen Intereſſe bei dem jetzigen Rechtsſtreite gebreche, indem es ihm offenbar gleichgültig ſein könne, welche Perſon ſeinen Pflegbefohlnen alimentire.

Kläger wendete hiergegen Appellation ein, zu deren Begründung derselbe hauptsächlich darauf hinwies, daß die thatsächliche Alimentirung, die Jemand durch eine hierzu nicht oder nicht zunächst verpflichtete Person genieße, dem Anspruche desselben auf Alimentirung gegen den hierzu zunächst Verpflichteten nicht präjudiciren könne, weil der Berechtigte bis zu Austrag der Sache doch irgend woher Alimente erhalten müsse, sein Anspruch also geradezu nicht durchführbar sein würde, wenn ihm die von anderer Seite gewährte thatsächliche Alimentirung entgegenstünde; daß zudem in der Klage ausdrücklich darauf Bezug genommen worden sei, daß die Unterbringung des klägerischen Mündels im Waisenhause nur vorläufig, d. h. nur auf so lange erfolgt sei, bis die vor dem Stadtrathe zur Alimentation des Kindes verpflichtete Beklagte durch rechtlichen Zwang zu Erfüllung ihrer Verbindlichkeit würde angehalten werden können.

Das Königl. Appellationsgericht zu L. bestätigte indeß, abermals unter Compensation der Kosten, mittelst Erkenntnisses vom 6. December 1853 das Urthel erster Instanz und rechtfertigte diese Entscheidung durch folgende Gründe:

„Man kann die Frage, ob bei ehelichen Kindern die Großmutter eine subsidiäre Alimentationspflicht treffe, obschon solche nach Römischem Rechte nicht zweifellos ist, als durch die deutsche Praxis bejaht ansehen.

Voetii Comment. ad Lib. XXV. tit. III. D. d. agnosc. et alend. lib. §. 7. „et his consequens est, moribus hodiernis, uti commune avi aviaeque onus censeri, nepotibus egentibus alimenta dare."

Glück, Erl. d. Pand., Bd. 28. p. 219.

Curtius, Handb., Bd. I. §. 158. ad not. d.

Hänsel, Excurse, Bd. I. p. 343.

Dennoch aber ist in dem vorliegenden Falle zu einer Abänderung der vorigen, des Klägers Suchen in der angebrachten Maaße abweisenden Entscheidung nicht zu gelangen.

An sich ist nämlich der Ansicht Bl. — beizutreten, daß Kläger ein rechtliches Interesse bei der Erhebung der Klage darzuthun gehabt habe.

Ein solches ist aber nicht vorhanden, wenn sein Mündel, wie schon die vorige Instanz bemerkt, die Alimente, welche er aus der Hand der Beklagten verlangt, bereits aus dritter Hand genießt.

Darauf aber, daß diese Quelle zu versiechen drohe, hat Kläger in schlüssiger Form nicht Bezug genommen, indem das Wort: „vorläufig", auf welches er Bl. — Gewicht legt, offenbar diesen Mangel der Begründung nicht ersetzen kann. Auch der Inhalt der auf den Antrag Bl. — beigelegten Vormundschaftsacten, wenn dieser selbst in gegenwärtiger Instanz ohne Weiteres berücksichtigt werden dürfte, bietet hierunter ein durchschlagendes Gewicht nicht, da nicht erhellet, daß der Stadtrath zu L. berechtigt ist, Klägers Mündel wieder ohne Weiteres aus dem Waisenhause zu entlassen.

Auch die Bezugnahme Bl. — auf die subsidiäre Alimentationspflicht der Großeltern unehelicher Kinder vermag hierunter Etwas nicht zu ändern, da der rechtliche Grund der Alimentationspflicht in diesem Falle ein ganz anderer, als in dem vorliegenden ist, nämlich sich auf ein ausdrückliches, für den speciellen Fall gegebenes Gesetz stützt.

Zudem würde aber auch diese Analogie dem Kläger wenig ersprießlich sein, da die Praxis dann, wenn die subsidiäre Alimentationspflicht der väterlichen Großeltern eintritt, das Minimum der gesetzlichen Alimente zuspricht, wovon offenbar die Ernährung des Kindes nicht bestritten werden kann.

Abgesehen nun davon, ob Kläger seine Klage besser, als geschehen, zu begründen vermag, was ohne Vorlage der Fundationen und sonstigen statutarischen Normen für das Waisenhaus nicht beurtheilt werden kann, und worüber zunächst im Zweifel die Verwaltungsbehörde zu cognosciren haben würde, giebt vielmehr die Armenordnung vom 22. October 1840 an die Hand, daß Kläger die Klaganstellung zweckmäßiger unterlassen und dem Stadtrathe zu L. die Verfolgung etwaniger Ansprüche aus der Unterstützung seines Mündels überlassen haben würde.

Es bestimmt nämlich §. 7., daß öffentliche Unterstützung zwar auch denen, welche die nöthige Hülfe von den dazu verpflichteten und vermögenden Personen nicht sogleich bei eintretendem Bedarfe wirklich erhalten können, inmittelst nicht zu versagen sei, daß jedoch solchenfalls der öffentliche Armenfonds berechtigt sei, von gedachten Personen ꝛc. den Ersatz des geleisteten Verlages zu fordern.

Indem nun diese gesetzliche Bestimmung, verbunden mit dem Umstande, daß Klägers Mündel zur Zeit in dem Waisenhause untergebracht ist, eines Theils den oben ausgesprochenen Satz, daß Kläger im Zweifel ein Interesse zu der Klaganstellung nicht habe, bestätigt, giebt sie andern Theils klare Maaße, wer unter den vorwaltenden Umständen der Forderungsberechtigte sei, und worauf der Anspruch zu richten, beziehendlich wie derselbe zu begründen sei.

Rechtfertigt sich hiernach die Confirmatoria in der Hauptsache, sowohl die Kosten der ersten Instanz betreffend, und hätte an sich in Erwägung dessen Kläger die Zuschiebung der Klaglast seiten des Stadtraths klüglicher von der Hand gewiesen, so

sind die einschlagenden Verhältnisse doch von der Art, daß ihm bei Einwendung des Rechtsmittels eine muthwillige Streitsucht nicht beigemessen werden mögen, weshalb auch die Kosten des Rechtsmittels zwischen den Parteien zu compensiren sind."

Kläger wendete auch gegen dieses Erkenntniß Appellation ein; das Proceßgericht verlangte indeß zu deren Fortstellung von ihm obervormundschaftliches Decret, welches letztere vom Vormundschaftsgerichte, auf dessen Anweisung Kläger klagbar geworden war, versagt wurde. Daß hierdurch die Möglichkeit abgeschnitten wurde, über die in diesem Processe angeregte interessante Rechtsfrage die Ansicht der obersten Instanz zu hören, ist um so mehr zu beklagen, als dieselbe, so viel Referentem bekannt, bis jetzt noch nicht zur Entscheidung gekommen, eine solche Entscheidung wenigstens noch nicht veröffentlicht worden ist, und ist hier nur noch zu bemerken, daß Kläger sein petitum weder auf alimenta praeterita, noch auf Alimente von einem bestimmten spätern Zeitpunkte an, sondern ganz allgemein darauf gerichtet hatte, daß durch Erkenntniß festgestellt werden möge, daß Beklagte den klägerischen Mündel zu alimentiren schuldig sei.

## 35.

Das Rescript vom 14. Juni 1728, nach welchem Ausländern in Concursen gestattet ist, ihre Ansprüche noch innerhalb einer Jahresfrist, vom Liquidationstermin an gerechnet, geltend zu machen, leidet auf die außerhalb eines Concurses erlassenen Edictalien keine Anwendung. — Der im Liquidationstermin Außengebliebene kann durch Berufung darauf, daß er die Zeitungen, in welchen die Edictalladung abgedruckt gewesen ist, nicht gelesen, contumaciam nicht ablehnen.

Mitgetheilt von
Herrn R. C. in S.

Am 2. September 1848 verstarb zu L. die Wittwe D. S. W. und wurde deren Nachlaß, weil sie keine Notherben, wohl aber Seitenverwandte, die zum Theil im Auslande wohnten, hinterließ, von dem Justizamte St. zu L. als zuständige Nachlaßbehörde in gerichtliche Verwahrung und Verwaltung genommen.

Nachdem wiederholt Seiten der Nachlaßbehörde über die Existenz des zweiten Exemplars einer in dem Nachlaß der Verstorbenen aufgefundenen Abschrift ihres von dem Notar B. zu Breslau, wie dieser bei seinen Befragungen anzugeben vermocht hat, zu Anfang des Jahres 1835 aufgesetzten und ihr in zwei gleichlautenden Exemplaren mit der Eröffnung, das eine derselben gerichtlich zu deponiren, ausgehändigten Testamentes, sowie über die Behörde, bei welcher solches niedergelegt worden sein könnte, vergebens Nachforschungen veranstaltet worden waren, ist auf Antrag des bestellten Nachlaßvertreters behufs der Ermittelung der Erben mit Erlassung von Edictalien unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften verfahren worden.

In dem am 17. Februar 1851 angestandenen Liquidationstermine haben verschiedene Personen Erbansprüche an das nachgelassene Vermögen der verw. W. angemeldet, es ist jedoch in dem bei dem K. Spruchcollegium zu L. eingeholten und am 31. Mai 1851 publicirten Urthel den Geschwistern W. wegen ihrer näheren Verwandtschaft mit der verstorbenen W. deren Erbschaft allein zugesprochen worden.

Nach Publication dieses Urtheils innerhalb der zehntägigen Frist trat J. W. B. aus Cassel und noch später am 16. August 1851 C. S. vom Hofe Roth bei Neuwied im preuß. Regierungsbezirk Coblenz, welche Beide nach den beigebrachten pfarramtlichen Zeugnissen im gleichen Grade, wie die Geschwister W., mit der verstorbenen W. blutsverwandt sind, als Erbprätendenten auf und nahmen unter Berufung auf eine ihnen als Ausländern zustehende einjährige Restitution die Erbschaft der Wittwe W. mit in Anspruch.

Auf erhobenen Widerspruch mehrerer Erbprätendenten, insbesondere der Geschwister W., gegen diese nachträgliche Anmeldung des B. und S. ertheilte die Nachlaßbehörde einen Bescheid des Inhalts:

„Daß die Geschwister W. genannten B. und S., dafern diese beiden Personen mittelst Eides erhärten und

daß sie von der in der W.'schen Nachlaßsache erlassenen Edictalcitation und dem angestandenen Anmeldungstermin keine Wissenschaft gehabt haben,

beschwören würden, als Miterben anzuerkennen und denselben den Nachlaß weil. D. S. verw. W. abzüglich der erwachsenen Kosten zu den §. 45. des Mandats vom 31. Januar 1829 vorgeschriebenen Antheilen künftig verabfolgen zu lassen pflichtig."

Auf die gegen diesen Bescheid eingewendete Berufung der Geschwister W. erkannte das K. Appellationsgericht zu Zwickau unterm 14. Mai 1852 reformatorisch:

„daß B. und S. von dem W.'schen Nachlaß abzuweisen",

aus folgenden Gründen:

„Nach dem Mandate, die Edictalcitation in Civilſachen außerhalb des concursus creditorum betr., §. IV. ſteht den auf vorgängige Edictalladung in dem anberaumten Termine Außengebliebenen das Recht, mit ihren Anſprüchen annoch innerhalb Jahresfriſt einzukommen und ſolchergeſtalt die Folgen der Präcluſion von ſich abzuwenden, nur dann zu, wenn ſie entweder

a) der Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand theilhaftig ſind, oder

b) den durch ihr Außenbleiben im Termin verhangenen Ungehorſam durch Beibringung rechtmäßiger Hinderniſſe, ſogenannter Ehehaften — impedimenta legitima — abzulehnen vermögen.

Zu der unter a. gedachten Claſſe iſt weder V. noch S. zu zählen. Denn der Umſtand, daß ſie im Auslande wohnen und von den erlaſſenen Edictalien nicht früher als gegen die Mitte des Jahres 1851 Kenntniß erlangt haben, kann ihnen nicht zu ſtatten kommen, weil das Reſcript vom 14. Juni 1728 (C. A. C. I. Tom. I. p. 279), nach welchem im Concurſe Ausländern geſtattet iſt, ihre Anforderungen noch innerhalb Jahresfriſt, vom Liquidationstermine an gerechnet, nachträglich geltend zu machen, eine für den Concursproceß beſtehende, ſinguläre Vorſchrift befaßt, welche auf die außerhalb eines Creditweſens erlaſſenen Edictalien keine Anwendung leidet. Dies ergiebt ſich ganz deutlich daraus, daß in dem, ein in ſich abgeſchloſſenes Ganzes bildenden ſpäteren Geſetze vom 13. November 1779 in Betreff derjenigen Perſonen, welchen der Geſetzgeber die Zulaſſung, ungeachtet des eingetretenen Verſäumniſſes an der Anmeldung im Edictaltermine, binnen einer gewiſſen Friſt noch hat gewähren wollen, die unter a. und b. gedachten beſonderen Beſtimmungen getroffen worden ſind, durch welche von ſelbſt die Analogie anderer, namentlich älterer geſetzlicher Vorſchriften ausgeſchloſſen wird.

Aber ebenſowenig können V. und S. die unterbliebene rechtzeitige Anmeldung ihrer Erbanſprüche damit entſchuldigen oder, mit andern Worten, die begangene Contumaz dadurch ablehnen, daß ſie die Zeitungen, namentlich die zu Caſſel herauskommende „Neue Heſſiſche Zeitung", in welcher die Edictalladung der W.'ſchen Erbintereſſenten abgedruckt worden, nicht geleſen haben. Denn wollte man mit dem Beſcheidverfaſſer dieſe Entſchuldigung gelten laſſen, ſo würde die ganze Grundlage und der Zweck des Edictalproceſſes aufgehoben und vereitelt werden, weil er eben auf der Annahme beruht, daß die Bekanntmachung in öffentlichen Blättern ein geeignetes Mittel ſei, dem Einwande der Unbekanntſchaft mit der ergangenen Aufforderung zu begegnen.

Zwar beſteht keine Verpflichtung, Zeitungen oder andere öffentliche Blätter zu leſen, wer es aber unterläßt, hat es lediglich ſich ſelbſt beizumeſſen, wenn ihm die darin enthaltenen, ſein Intereſſe berührenden Bekanntmachungen unbekannt bleiben, und muß daher auch die Folgen davon über ſich ergehen laſſen, da der Grund der Präcluſion nicht in der Contumaz, ſondern wie

v. Trützſchler, die Lehre von der Präcluſion, 2te Ausg. (Leipzig, 1802.) Abſchn. 2. Abthl. 2. §. 33. S. 75.

ganz richtig bemerkt, in der unumgänglichen Nothwendigkeit liegt, diejenigen auszuſchließen, welche ſich zur vorgeſchriebenen Zeit nicht angemeldet haben.

Auf eine durch Unterlaſſung des Leſens der betreffenden öffentlichen Blätter verurſachte Unkenntniß der Edictalladung iſt mithin der Natur der Sache nach die Beſtimmung des Geſetzes über nachträgliche Zulaſſung derer, welche contumaciam abzulehnen vermögen, nicht zu beziehen, vielmehr hat das Geſetz blos den Fall vor Augen, wo ſogenannte Ehehaften nachweislich gemacht werden können, worunter bekanntlich zufällige und unvermuthete Ereigniſſe zu verſtehen ſind, welche den Vorgeladenen ohne ſein Verſchulden die Wahrnehmung und Beſorgung einer ihm auferlegten rechtlichen Angelegenheit unmöglich gemacht haben.

Glück, Erläut. d. Pandecten, Th. 3. §. 260. S. 225.

Oſterloh, der ordentliche bürgerliche Proceß, §. 96.

Dahin hat auch das Jetzt erkennende Collegium in einem dem vorliegenden ähnlichen Falle, in Gottfried N.'s Nachlaß- und Edictalſache, mense Junio 1850, ſich ausgeſprochen und das Königl. Oberappellationsgericht dieſer Anſicht in dem Urthel vom 11. Februar 1851 beigepflichtet.

Mit Rückſicht hierauf iſt demnach der in dem Beſcheide Bl. — dictirte Eid als unzuläſſig in Wegfall zu bringen, vielmehr muß gegen V. und S., obſchon Beide als mit den Geſchwiſtern W. gleichberechtigte Erben der W. ſich vollſtändig legitimirt haben, angenommen werden, daß ſie durch das Unterlaſſen ihrer Anmeldung im Edictaltermine einer Contumaz ſich ſchuldig gemacht haben, welche, da ſie ſolche durch einen triftigen Verhinderungsgrund abzulehnen nicht vermocht haben, den Verluſt ihres Erbrechtes in Gemäßheit des der Ladung inſerirten Präjudizes nothwendig zur Folge hat.

Zwar hat V. mit Bezugnahme auf das Bl. — beigebrachte Zeugniß ſeines Arztes, Dr. M., Bl. — noch geltend gemacht, daß er ſeit mehreren Jahren ſchon krank geweſen ſei, und daß ihm auch darum das Unterlaſſen der rechtzeitigen Anmeldung als ein Verſäumniß nicht angerechnet werden könne.

Allein wenn schon in dem gedachten Zeugnisse über V. bemerkt wird, daß seine Beschwerden, namentlich Schlaflosigkeit, Eingenommenheit des Kopfes, beständiger Schwindel, häufig von Erbrechen begleitet, von der Art gewesen seien, daß sie ihm Dienstgeschäfte außer dem Hause unmöglich gemacht und ihm selbst kleine Spaziergänge der Schwindelanfälle wegen nur in Begleitung einer erwachsenen Person gestattet hätten, so kann doch diese Bemerkung zur Ablehnung der Contumaz noch nicht für ausreichend gehalten werden, weil daraus nicht erhellet, daß V. in der Zeit von September 1850 bis Ende Februar 1851 so krank gewesen, daß er zu Besorgung seiner Angelegenheiten gänzlich unfähig war.

Denn das gedachte Zeugniß spricht blos davon, daß das Uebelbefinden V.'s denselben an dem Ausgehen ohne Begleitung und an der Besorgung der Amtsgeschäfte außer dem Hause verhindert habe, sagt aber nicht, daß V. in seiner Wohnung seinen Geschäften nicht habe obliegen und seine Angelegenheiten nicht habe besorgen können.

Es läßt sich also diesem Zeugnisse zu Folge nicht annehmen und ist auch von V. nirgends in den Acten behauptet worden, daß sein Krankheitszustand während des angegebenen Zeitraums ihn an Besorgung seiner Angelegenheiten im Hause behindert habe.

Nur unter dieser Voraussetzung würde V. gegen das verhangene Versäumniß haben restituirt werden können, da nicht jede Krankheit, sondern nur eine sogenannte morbus sonticus, von welcher es in den Quellen heißt, daß sie „cuique rei gerendae impedimento est", den in einem Rechtstermine Außengebliebenen entschuldigt.

Glück, a. a. O. S. 526."

Die gegen die vorstehende Entscheidung sowohl von V. als von S. eingewendeten Appellationen haben sich durch einen inmittelst zwischen den Appellanten und den Geschwistern W. über den Nachlaß der Wittwe W. abgeschlossenen Vergleich erledigt.

## 36.

### Beschlagnahme der Einstandsgelder der Soldaten.

Mitgetheilt von
Herrn **A. S.** in D.

Der Bestimmung §. 60. des Gesetzes über Erfüllung der Militärpflicht vom 26. October 1834 gegenüber, welche in das Gesetz vom 1. August 1846. §. 71. mit den nämlichen Worten übergegangen war, daß nämlich das Einstandsgeld eines Stellvertreters während der Dienstzeit weder an Andere abgetreten, noch von Anderen mit Beschlag belegt werden könne, war auf Grund einer aus dem K. Ministerium des Kriegs im Einverständnisse mit dem K. Ministerium der Justiz an das K. Oberkriegsgericht ergangenen, mittelst Generalverordnung vom 24. December 1840 den sämmtlichen Kriegsgerichten zur Nachachtung bekannt gemachten, in

der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 5. S. 274. not. 1. und

dem Wochenblatt f. m. R. Jahrg. 1853. S. 464. No. 108.

erwähnten Verordnung nachgelassen worden:

daß eintretenden Falls der Gläubiger eines Einstehers seinen Anspruch auf Befriedigung bei dem zuständigen Kriegsgerichte geltend zu machen und daselbst seine Rechte in Bezug auf bevorstehende Auszahlung wahrzunehmen befugt sein solle, von Seiten der Kriegsgerichte aber, insoweit bei ihnen von Gläubigern der Einsteher Inhibitionen und Hülfsvollstreckungsanbringen erfolgen und dergleichen Anbringen als rechtlich begründet anzusehen, Notification hierüber an die Wirthschaftscommissionen und die Truppencommandanten, um den Gläubigern durch Einziehung der auszuzahlenden Beträge zum Gerichtsdepositum Sicherheit verschaffen zu können, zu erlassen sei.

Nachdem jedoch, insbesondere nach dem Erscheinen des Gesetzes vom 3. Juni 1852, einige Abänderungen des Gesetzes über Militärpflicht vom 9. November 1848 betr., die fortdauernde Gültigkeit dieser Ausnahmebestimmung mehrfach in Zweifel gezogen worden war, hat das K. Ministerium des Kriegs, auf Vernehmung mit dem K. Ministerium der Justiz, mittelst Verordnung vom 24. Mai 1853 dem K. Oberkriegsgericht neuerdings eröffnet, daß die obgedachte Generalverordnung, nachdem solche schon mit der durch das Gesetz vom 9. November 1848 erfolgten Aufhebung der Stellvertretung außer Kraft getreten, den erweiterten und wesentlich veränderten Bestimmungen §§. 10. und 29. des neuen Gesetzes vom 3. Juni 1852 gegenüber, als bestehend und gültig nicht mehr betrachtet werden könne, und es sind die Kriegsgerichte mittelst Generalverordnung vom 31. Mai 1853 demgemäß beschieden worden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 19.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 37.

Den Klempnerinnungen steht rücksichtlich der Arbeiten in Messingblech ein Verbietungsrecht gegen die Kupferschmiedeinnungen in Sachsen nicht zu. — Der Grundsatz accessorium sequitur principale im Gewerbsrechte. — Auswärtige Innungen, welche der Gewerbsbranche einer der streitenden Innungen angehören, als Sachverständige.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. K. in L.

Am 6. August 1845 zeigte der Obermeister der Klempnerinnung in L. bei dem Stadtrathe daselbst an, daß der Kupferschmiedemeister C. F. T. mit Kaffee- und Theemaschinen aus Messingblech handle, die offenbar dem Arbeitsgebiete der Klempnerinnung angehörten, und bat, demselben den Verkauf dieser Maschinen zu untersagen. Impetrat räumte bei seiner Vernehmung gedachten Handel ein, widersprach jedoch dem von Impetrantin behaupteten Verbietungsrechte, zum Theil mit Beziehung auf die Specialartikel der Kupferschmiedeinnung. Dagegen beriefen sich die Oberältesten der Klempnerinnung auf Vorlegen dieser Aussage, indem sie zugleich eine bei T. erkaufte Kaffeemaschine einlieferten, darauf, daß sowohl das hier in Frage kommende Metall, Messing in Form von Blechen, als auch die Arbeitsmethode mittels des Weichloths und die dabei anzuwendenden Arbeitsgeräthe nicht in das Gewerbsgebiet der Kupferschmiede fielen und letztere dergleichen feinere Blecharbeiten selbst gar nicht fertigen könnten, wie denn auch in der That Impetrat die erwähnten Kaffee- und Theemaschinen erst von dem Klempnermeister H. in H. beziehe. Da Impetrat, sowie die Kupferschmiedeinnung diesen Behauptungen allenthalben widersprach, so erforderte der Stadtrath zu L. ein Gutachten der Klempnerinnung zu Dresden, welches letztere sich dahin aussprach, daß die qu. Kaffeemaschine mit Rücksicht auf das dazu verwendete Material, das dabei gebrauchte Werkzeug und beobachtete Arbeitsverfahren ohnfehlbar zu dem ausschließlichen Arbeitsgebiete der Klempnerinnung gehöre.

Der Stadtrath zu L. ertheilte hierauf am 12. December 1845 folgenden Bescheid:

„Weil C. F. T. eingeräumt hat, daß er Kaffee- und Theemaschinen von Messingblech von der fol. — beschriebenen Art anfertige und verkaufe, diese Maschinen aber dem fol. — ersichtlichen Gutachten zufolge mit Rücksicht auf das dazu verwendete Material, das dabei gebrauchte Werkzeug und beobachtete Verfahren ohnfehlbar zu dem ausschließlichen Arbeitsgebiete der Klempnerinnung gehöre, so hat ernannter T. sich künftig der Anfertigung und des Verkaufs gedachter Maschinen, sowie jedes Eingriffs in die Rechte der hiesigen Klempnerinnung bei fünf Thaler Strafe für jeden Contraventionsfall gänzlich zu enthalten, auch die aufgelaufenen Kosten allein zu bezahlen."

Gegen diesen Bescheid wendete T. und die Kupferschmiedeinnung zu L. Recurs ein. Dem hierauf von dem Stadtrathe zu L. erstatteten Berichte entnehmen wir Folgendes:

„Daß das Arbeitsgebiet der Kupferschmiede sich, schon der Benennung nach, vorzugsweise auf die Verarbeitung des Kupfers erstreckt, die Klempner dagegen hauptsächlich in Blech arbeiten, ist bekannt

und es ist daher bei Beurtheilung des gegenseitigen Arbeitsgebiets schon das Material von Einfluß. Hieran wird auch im Allgemeinen durch die mehrerwähnte Schlußbestimmung in den ältern Specialartikeln der Kupferschmiedeinnung nichts geändert, vielmehr enthält dieselbe in den Worten: „messingene Waaren, so den Kupferschmieden zukommen", die Ausnahme, und es ist darnach durchaus nicht den Kupferschmieden, wie diese für sich anzuführen suchen, das Messingblech als ein ihnen eigenthümlich zustehendes Arbeitsmaterial zugewiesen. Dafür spricht auch noch der weitere Inhalt der mehrgedachten Schlußbestimmung, indem darin bei Aufführung der den Kupferschmieden zustehenden Berechtigungen immer nur der kupfernen, nicht aber auch der messingenen Waaren gedacht ist.

Spricht daher bei Entscheidung der Frage, ob Arbeiten aus Messingblech den Klempnern oder Kupferschmieden zukommen, die Vermuthung für erstere, so konnte nach dem motivirten Gutachten der Dresdner Klempnerinnung die Entscheidung in vorliegender Sache um so weniger zweifelhaft sein.

Recurrenten suchen nun zwar die Gültigkeit des gedachten Gutachtens um deswillen zu bestreiten, weil die Klempner zu Dresden als unparteiische Sachverständige nicht anzusehen seien. Allein es können da, wo es sich um die eigenthümliche Art und Weise der Bearbeitung eines Gegenstandes handelt, nur Gewerbsgenossen gleicher Art ein competentes Urtheil fällen, auch hat nach der bisherigen Praxis bei ähnlichen Differenzen zwischen Innungen ein gleiches Verfahren stattgefunden. Uebrigens sind die Mitglieder einer auswärtigen Innung a priori als unparteiische Sachverständige anzusehen.

Wenn hiernächst Recurrenten in Absicht auf das Materielle des Gutachtens anführen, daß auch sie, die Kupferschmiede, weich lötheten, sich deshalb, wie die Klempner, des Löthkolbens bedienten, und dieser kein ausschließliches Instrument der Klempner sei, so hat die Klempnerinnung zu Dresden den Löthkolben als ein ihnen ausschließlich zustehendes Instrument nicht vindicirt, sondern sie hat in dem Gutachten sich nur dahin ausgesprochen, daß die Zusammenfügungen an Kochgeschirren bei den Kupferschmieden mittels Schlaglothes im Feuer gelöthet (Hartlöthen genannt), bei den Klempnern dagegen mittels erhitzten Kolbens und Löthzinns bewirkt würden.

Der von den Recurrenten aus der Natur des Messingblechs, als einer Composition von Kupfer und Zink, entlehnte Grund reicht theils zum Beweise ihrer Berechtigung nicht hin, da bei der Entscheidung über das gegenseitige Arbeitsgebiet zweier Innungen das Material allein nicht immer entscheidend ist, sondern dabei auch die Art und Weise der Bearbeitung, die Methode und die gebrauchten Instrumente in Frage kommen, theils beweist er zu viel. Denn aus gleichem Grunde würden dann auch die Kupferschmiede die Arbeiten der Rothgießer und Gelbgießer beanspruchen können."

Die am 18. August 1846 publicirte Entscheidung der Kreisdirection zu L. sprach sich dahin aus:

„Daß es bei jenem Bescheide nicht zu lassen; es sind vielmehr die Kupferschmiede an der Fertigung von Kaffeemaschinen aus Messingblech von der Bl. — beschriebenen Art, ingleichen von ähnlichen Theemaschinen, mit Ausschluß der aus Eisenblech bestehenden, mit dem aus Messingblech gefertigten Hauptkörper der Maschine nicht unzertrennlich verbundenen Theile, deren Fertigung denselben bei 5 Thlr. —/— Strafe für jeden Contraventionsfall zu untersagen ist, sowie an dem Verkauf der ganzen Maschinen, einschließlich dieser letzteren Theile, nicht zu behindern. Die erwachsenen Kosten sind zu compensiren.

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen:

In formeller Hinsicht ist zuvörderst zu erwähnen, daß nach Bl. — die Kupferschmiedeinnung sich zu Gunsten ihres Mitmeisters T. und wegen ihres großen Interesses am Ausgange der Sache in den Streit eingemischt hat und deshalb als Intervenienten unter den Parteien aufzuführen war.

Der Bescheid erster Instanz spricht von Kaffee- und Theemaschinen der Bl. — und — beschriebenen Art, nun ist aber an jenen beiden Actenstellen nur eine Kaffeemaschine beschrieben, eine solche auch nur von der Impetrantin übergeben worden.

Es bezieht sich auch das ganze Gutachten der Dresdner Klempnerinnung nur auf die übergebene Kaffeemaschine, so daß sich aus den Acten durchaus nicht mit Bestimmtheit ersehen läßt, von welcher Art und Beschaffenheit die Theemaschinen sind, über welche der Stadtrath in erster Instanz entschieden hat. Da sie jedoch einmal Gegenstand der Differenz geworden und sich aus den Acten wenigstens soviel ergiebt, daß sie aus Messingblech bestehen, so hat auch die gegenwärtige Entscheidung auf solche Theemaschinen beschränkt werden müssen, die den in den Acten näher beschriebenen Kaffeemaschinen ähnlich sind.

In materieller Hinsicht hat nun aber dem Bescheide erster Instanz nicht beigepflichtet werden können. Der Bescheid selbst stützt sich lediglich auf das Bl. — ersichtliche Gutachten der Dresdner

Klempnerinnung; diesem letzteren kann jedoch ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden, da die genannte Innung, wenn sie auch nicht Partei und daher in der Sache nicht unmittelbar betheiligt ist, doch ein sehr wesentliches unmittelbares Interesse an dem Ausgange derselben hat. Ebensowenig hat man die in dem Berichte vom 12. Februar d. J. noch nachträglich entwickelten Gründe für durchschlagend anerkennen können, da an sich kein Zweifel darüber obwaltet, daß die Kupferschmiede auch in Messing arbeiten können, und in der Sache selbst durchaus kein Grund vorliegt, um sie dann hiervon auszuschließen, wenn dieses Messing in der Form von Blech verarbeitet wird. Die Königl. Kreisdirection hat daher durch Vermittelung der Königl. Kreisdirection zu Dresden das Gutachten eines anerkannten, mit den einschlagenden gewerblichen Verhältnissen genau bekannten Technikers erfordert, und es liegt dasselbe unter ⊙. in beglaubter Abschrift bei. Aus diesem Gutachten ergiebt sich nun,

1) daß das Fertigen von Waaren aus Messingblech von dem Arbeitsgebiete der Kupferschmiede der innern Natur ihres Gewerbes zufolge nicht ausgeschlossen, und

2) keineswegs angenommen werden könne, daß die Kupferschmiede zum Weichlöthen nicht berechtigt seien, dasselbe vielmehr zu verschiedenen Arbeiten ihrer Profession gar nicht entbehrt werden könne.

Aus diesen Gründen rechtfertigt sich die obige Entscheidung, soweit darin ausgesprochen, daß die Kupferschmiede an der Fertigung der aus Messingblech bestehenden Haupttheile der streitigen Kaffeemaschinen und ähnlichen Theemaschinen, sowie der damit unzertrennlich verbundenen Nebentheile aus anderem Materiale nicht zu behindern seien. Dagegen enthält die übergebene Kaffeemaschine zwei Bestandtheile, nämlich den aus Eisenblech gefertigten Einsatz, in welchem sich der Sieb befindet, und das ebenfalls aus Eisenblech bestehende Lämpchen, die beide nicht so unzertrennlich mit der ganzen Maschine verbunden sind, daß der Verfertiger der messingenen Haupttheile auch nothwendiger Weise diese Nebenbestandtheile fertigen müßte.

Da nun diese letzteren aus Eisenblech bestehen, und das Verbietungsrecht der Klempner in Bezug auf dieselben unzweifelhaft ist, so können auch die Kupferschmiede zur Fertigung derselben nicht für berechtigt erachtet werden.

Anders verhält es sich mit dem Befugnisse zum Verkaufe derartiger Kaffee- und Theemaschinen. Hier gilt der allgemeine Grundsatz, daß derjenige Handwerker, der den Haupttheil einer Waare zu fertigen berechtigt ist, dieselbe in ihrer ganzen Zusammensetzung, in welcher sie allein zum Gebrauche geeignet wird, also auch einschließlich derjenigen Nebendinge, die er nicht selbst fertigen darf, sondern durch andere Handwerker fertigen lassen muß, zu verkaufen befugt ist.

Aus allen diesen Gründen ist so, wie oben geschehen, zu entscheiden gewesen. Die Kostencompensation rechtfertigt sich durch den eingetretenen Wechsel der Entscheidungen."

Das technische Gutachten, auf welches in vorstehender Entscheidung Bezug genommen ist, lautet:

„Die Frage, ob Thee- und Kaffeemaschinen aus Messingblech von der vorliegenden Façon ausschließlich dem Arbeitsgebiete der Klempner gehören, oder deren Führung auch den Kupferschmieden nachzulassen sei, wird sich ohne Schwierigkeit beantworten lassen, sobald nachgewiesen ist,

1) daß die Kupferschmiede gleich den Klempnern als Blecharbeiter zu gelten haben,

und

2) daß die früher gebräuchlichen Messinggeschirre fast durchgängig in den Werkstätten der Kupferschmiede, also mit Hülfe der diesem Gewerbe geläufigen Handgriffe, gefertigt wurden.

ad 1.

Die Kupferschmiede erhielten früher, vor Einführung der Walzwerke (in den Kupferhütten), ihr Material, das Tafelkupfer, in einer zu vielen Zwecken annoch unbrauchbaren Form, gleich wie sie ihre Kessel noch heute in einem nur halb vollendeten Zustande ebendaher beziehen. In Folge dessen sahen sie sich in allen den Fällen, wo leichtere, gefälligere Formen verlangt wurden, genöthigt, den gewöhnlich zu massiven Rohstoff zunächst durch Austreiben und Abebnen für derartige Zwecke tauglich vorzurichten.

Seitdem jedoch anstatt der Hämmer die Walzen die Bearbeitung des Rohmaterials (Tafelkupfers) übernommen haben, und alle Kupferarbeiter das erforderliche Material nicht nur gleichartig und vollkommen geebnet, sondern auch in jederlei Dimension und Stärke (bis zur Papierdicke) im Handel sich anschaffen können, ist jene zeitraubende und oft beschwerliche Zurichtung des Rohstoffs weggefallen und die Kupferschmiede dadurch in den Stand gesetzt worden, ihr Material auf mannichfaltigere Weise zu benutzen.

Deshalb findet man auch jetzt die Fabrikate aus Kupferblech nicht nur in gefälligeren Formen, sondern auch in größerer Auswahl vor. Wenn sie sich nun zum Façonniren des dünnen Kupferblechs derselben Werkzeuge bedienen, wie die Klempner (da zum Schneiden, Löthen, Treiben und Poliren ꝛc.

verschiedenartiger Metallbleche doch sicher nicht eben so viel verschiedene Werkzeuge erforderlich sind, als es verschiedene Metalle giebt), wenn sie ferner alle zur Verbindung dünner Metallbleche überhaupt üblichen Handgriffe und Verfahrungsweisen benutzen, indem sie dieselben, je nachdem die Bestimmung solcher Geräthe es zuläßt, bald hart, bald weich löthen, so sind sie vollkommen in ihrem Rechte und zeigen sich gerade hierdurch als Blecharbeiter.

Das Weichlöthen ist durchaus keine Neuerung, die sie erst, seitdem sie auch dünnes Kupferblech verarbeiten, eingeführt haben, es ist im Gegentheil ein von jeher praktizirter, in gewissen Fällen sogar durch die Nothwendigkeit gebotener Handgriff, wie z. B. bei Verbindungen kupferner Röhren an Gebäuden, Apparaten ꝛc., bei Ausbesserung schadhafter Kupferdachungen, kurz überall da, wo sich die zum Schmelzen des Hartlothes erforderliche Hitze localer Hindernisse halber nicht beschaffen läßt.

Uebrigens können die Klempner auch schon deshalb kein ausschließliches Recht auf das Weichlöthen geltend machen, weil neben ihnen auch andere Metallarbeiter, z. B. Gürtler und Sporer, sie zu der wichtigsten Operation ihres Gewerbes rechnen.

ad 2.

Nächst den kupfernen waren auch messingene Kochgeschirre, wie Fischkessel, Casserols, Pfannen ꝛc., früher weit mehr in Gebrauch, wie jetzt. Die meisten derselben gingen als halbvollendete Fabrikate entweder aus denselben Kupferhammerwerken, wo auch die gleichnamigen Kupfergeschirre gefertigt wurden, oder aus den seit 1553 *) vervollkommneten Messinghammerwerken hervor, um sodann von den Kupferschmieden, gleich wie die kupfernen Kessel ꝛc., vollendet zu werden, eine Arbeit, welche den übrigen Manipulationen der Kupferschmiede völlig conform ausgeführt wurde.

Sind nun die Kupferschmiede, seitdem der Verbrauch messingener Kochgeschirre der obigen Art sich vermindert hat, bedacht gewesen, einige andere gangbare Artikel aus diesem Material, wie Thee- und Kaffeemaschinen, neben den frühern zu fertigen, und haben sie dazu das auch den Klempnern zugängliche Material, das dünne Messingblech (welches jetzt gerade, so wie das Kupferblech, in jederlei Dimension und Stärke von den Messingwerken geliefert wird), statt des früher weit massiveren Tafelmessings, dazu vorzugsweise benutzt, so sind sie von dem ihnen angewiesenen Arbeitsgebiet durchaus nicht abgewichen, und die Klempner, selbst wenn sie die Tauglichkeit des dünnen Messingblechs zu Geschirren letztgedachter Art eher als die Kupferschmiede erkannt und zur Anfertigung derselben benutzt haben sollten, dürften dessen ungeachtet kein Recht auf die alleinige Benutzung dieses Materials erlangt haben.

Da die von den Kupferschmieden verkauften Thee- und Kaffeemaschinen ganz in derselben Weise und mit denselben Werkzeugen aus dünnem Messingblech hergestellt werden können, wie die gleichnamigen Artikel aus dünnem Kupferblech, und da auch das Weichlöthen dieser Fabrikate mit denselben Argumenten sich vertheidigen läßt, als das der gleichnamigen Artikel aus dünnem Kupferblech, so will es unbedenklich erscheinen, wenn den Kupferschmieden die Fertigung gedachter Messingartikel auch mit weicher Löthung gestattet bleibe.

Dresden, den 18. Juni 1846.

J....."

Auf den von Impetrantin gegen die Entscheidung zweiter Instanz eingewendeten Recurs erfolgte die nachstehende Ministerialentscheidung vom 22sten Januar 1847:

„Daß das Erkenntniß der Kreisdirection zu L., unter Verwerfung des von der Impetrantin Bl. — dagegen eingelegten Recurses, zu bestätigen sei; jedoch sind auch die fernerweit in der Sache erwachsenen Kosten gegen einander aufzuheben.

Diese Entscheidung beruht im Wesentlichen auf den dem vorigen Erkenntniß unterliegenden Gründen, denen beizupflichten und nur noch Folgendes beizufügen gewesen ist:

Der Umfang des Arbeitsgebiets eines Handwerks ist zu bemessen nach dem Arbeitsmaterial, der Arbeitsmethode und dem zu gebrauchenden Handwerkszeuge. Daß nun die Verarbeitung von Messing den Kupferschmieden zukommt, ist im Allgemeinen nicht bestritten worden, und bestätigt sich sowohl nach Bl. — aus den Specialartikeln der Kupferschmiedeinnung, als auch aus dem Generale vom 15. Decbr. 1796, die Einschärfung der zu Erhaltung der Privilegien der Kupferschmiedeinnung ehedem ergangenen Befehle betr. (C. A. II. Forts. II. 266.), indem in beiden der messingenen Waaren ausdrücklich gedacht ist. Wollte man daher das Messingblech ausnehmen, so könnte dies nur geschehen, wenn entweder dasselbe einem Handwerk ausschließend zugestanden worden, oder anzunehmen wäre, daß dessen Verarbeitung eine dem Kupferschmiedehandwerk fremde Arbeitsmethode, oder den Gebrauch demselben nicht zukommenden Handwerkszeugs voraussetze. Hierzu fehlt es aber an einem genügenden Grunde. Denn da die

*) Die Erfindung des Weißblechs, mithin die Existenz einer Klempnerinnung, datirt erst vom Jahre 1620.

Klempner nicht nur nicht bestritten haben, daß sich auch jenes des bei der Verarbeitung des Messingblechs in Anwendung zu bringenden Weichlöthens in einzelnen Fällen bediene (Bl. —), sondern auch zugeben (ebend.), daß die Kupferschmiede Kupferblech ausschließend zu bearbeiten und daß sie hierbei ebenfalls das Weichlöthen anzuwenden haben; so folgt hieraus von selbst, daß ihnen die zur gleichartigen Verarbeitung des Messingblechs in Anwendung kommende gleiche Arbeitsmethode ebenfalls eigen und daß auch das ihnen zustehende Handwerkszeug hierzu geeignet sei.

Daß früher Messingblech von den Kupferschmieden nicht bearbeitet worden, weil es kein solches gab, kann nicht als entgegenstehend betrachtet werden, da jedem Handwerk die in Bezug auf sein Material und dessen Bearbeitung späterhin eingeführte Vervollkommnung zu Gute kommt, und die Klempner keinen beachtenswerthen Grund dafür haben geltend machen können, daß ihnen die Bearbeitung des Messingblechs ausschließend zustehe. Unter diesen Umständen ist es auch nicht nöthig erschienen, vorerst annoch ein anderweites technisches Gutachten, wie Bl. — beantragt worden, einzuholen.

Die erkannte Compensation der Kosten rechtfertigt sich schon durch den Wechsel der Entscheidungen."

## 38.

### Ueber Zahlung in Münzen, die keinen gesetzlichen Cours haben. — Berechnung der appellabeln Summe. — Bedeutung des Handelns Zug um Zug.

Mitgetheilt von

Herrn *** in **.

L. klagte unter Eidesantrag gegen K. auf Bezahlung einer Summe von 55 Thalern Courant für an letztern im Februar 1852 verkauften Raps, indem er anführte, daß K. an den Sohn des L., als dieser den Raps ihm abgeliefert habe, 825 Stück K. K. Oesterreichische Sechskreuzerstücke statt der 55 Thaler Courant bezahlt habe, obschon ausdrücklich auf Courant gehandelt worden. Er sei daher zu der Annahme dieser Zahlung nicht verbunden, wie auch sein Sohn nur durch die ausdrückliche Erklärung des Beklagten, daß Kläger schon mit der Zahlung zufrieden sein werde, sie angenommen habe. Beklagter leugnete, daß auf eine bestimmte Münzsorte gehandelt worden sei, gestand die Zahlung der Sechskreuzerstücke zu und behauptete, daß Klägers Sohn von diesem beauftragt gewesen sei, die 55 Thaler vom Beklagten in Empfang zu nehmen und darüber zu quittiren. Kläger deponirte 825 Stück Sechskreuzer, während Beklagter die Identität der von ihm bezahlten und der deponirten Münzen nicht zugestand. Unter diesen Münzen befanden sich 13 Stück mit dem Gepräge von 1849.

In erster Instanz wurde Beklagter zur Zahlung der 55 Thaler gegen Rücknahme der deponirten Münzen unter der Voraussetzung, daß Kläger noch die Identität beschwöre, verurtheilt. In den Entscheidungsgründen wurde bemerkt: „nun aber eine solche Zahlung gegen die allgemein gesetzlichen Bestimmungen, nämlich §. 21. des Gesetzes vom 21sten Juli 1840 und §. 1. der Verordnung vom 8ten September 1841, nicht weniger, was die Kreuzer mit dem Gepräge vom Jahre 1849 betrifft, gegen die Vorschrift der Verordnung vom 22sten August 1849 verstößt, mithin Kläger diese ausländische Scheidemünze zurückzugeben und Zahlung in inländischen oder diesen (vergl. §. 5. der Verordnung vom 8ten September 1841) gleichgestellten ausländischen Courantmünzen zu verlangen berechtigt ist ꝛc."

Auf Appellation des Beklagten reformirte das Königl. Appellationsgericht zu Dresden und sprach den Beklagten los, dafern er den Eid über ein in der Klage behauptetes (jetzt weiter nicht in Betracht kommendes) späteres Abkommen der Parteien, über die Rücknahme der Sechskreuzerstücke, schwöre.

In den Entscheidungsgründen wurde bemerkt:

„Die Bestimmungen in dem Gesetze vom 21sten Juli 1840. §§. 19. 20. 21.
Gesetzsammlung pag. 180,
in dem Gesetze vom 22sten Juli 1840.
Gesetzsammlung pag. 181,
in der Verordnung vom 8ten September 1841. §. 1. sub c. §. 2.
Gesetzsammlung pag. 227,
in der Verordnung vom 22sten August 1849.
Gesetzsammlung pag. 177,
in der Verordnung vom 27sten März 1852. §§. 2. 3.
Gesetzsammlung pag. 53.
können zur Folge haben, daß wegen Verausgabung ausländischer Scheidemünze Seiten des Beklagten das vorschriftsmäßige Strafverfahren durch die competente Verwaltungsbehörde eingeleitet werde.

Es steht auch unbezweifelt fest, daß Kläger keine rechtliche Verbindlichkeit gehabt, die Bezahlung seiner Forderung in den im Einlassungspunkt 8. und 15.

bezeichneten Münzsorten anzunehmen. Allein nirgends ist in diesen Gesetzen dem Forderungsberechtigten untersagt, die ihm zukommende Zahlung in ausländischer Scheidemünze oder überhaupt in einer für den Verkehr untersagten Münzsorte annehmen zu dürfen. Es leuchtet auch ein, daß der Forderungsberechtigte, welcher seine Forderung dem Schuldner ganz oder zum Theil erlassen kann, diesen Erlaß ebenso durch Annehmen von verbotenen Münzen oder von Münzsorten zu einem höheren Werthe, als sie im öffentlichen Verkehr haben, bewilligen kann. Ist aber ein solcher Erlaß bewilligt, so kann der Forderungsberechtigte nachgehends dem ursprünglichen Schuldner nicht eine Zurücknahme einer derartigen, von ihm in Empfang genommenen Zahlung ansinnen und anderweit Zahlung in inländischen oder diesen gleichgestellten ausländischen Courantmünzen verlangen.

Wendet Man nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich allerdings eine Unschlüssigkeit der Klage beim 5ten bis mit 11ten Einlassungspunkte.

Nachdem nämlich im Eingange der Klage vom Kläger selbst bemerkt worden,

> daß der Rest des Kaufschillings mit 55 Thlrn. —ˢ —ˢ Zug für Zug bei Ablieferung der Frucht vom Beklagten zu bezahlen gewesen sei,

fährt er fort, daß er seinerseits durch seinen Sohn den Contract erfüllt, nämlich den verhandelten Raps in Beklagtens Behausung abgeliefert und Beklagter die Zahlung dem Ueberbringer geleistet habe.

Hierdurch wird zuvörderst vom Kläger — was Beklagter zum Gegenstand einer Exception erheben wollen — unverkennbar zugegeben, daß sein Sohn von ihm zu Empfangnahme des Kaufgelderrückstandes beauftragt gewesen sei; und es hat daher Kläger rücksichtlich der Annahme des Kaufpreises die Handlungen seines Sohnes dem Beklagten gegenüber zu vertreten.

Nun hat aber Klägers Sohn die vom Beklagten zu leistende Zahlung in der in der Klage bezeichneten K. K. Oesterreichischen Scheidemünze freiwillig angenommen.

Hierbei kann nämlich der Zusatz zur Klage:

> Klägers Sohn habe sich zur Annahme dieser Münzsorte nur durch die wiederholte Versicherung Beklagtens, daß Kläger schon damit zufrieden sein werde, bestimmen lassen,

etwas nicht ändern, denn es enthalten diese Worte nicht das Mindeste, daß Klägers Sohn jenes Geld nur unter einem Vorbehalt angenommen oder zu dessen Annahme nur durch dolose Vorspiegelungen Seiten Beklagtens bewogen worden sei.

Die Motiven, welche Klägers Sohn zur Annahme einer derartigen Zahlung veranlaßt, beruhen hiernach immer auf einer eigenbeweglichen Selbstbestimmung und einer Voraussetzung, die zwar nicht eingetreten sein soll, zu der er aber durch die vom Beklagten gebrauchten, im gewöhnlichen Handelsverkehr so häufig vorkommenden Zuredungen in logischer Weise keineswegs berechtigt war."

Das Oberappellationsgericht stellte jedoch (15ten Februar 1854) auf Klägers Berufung das erstinstanzliche Erkenntniß aus folgenden Gründen wieder her:

„Die Frage, ob das eingewendete Rechtsmittel im Hinblick auf den Werth des Streitgegenstandes als zulässig zu betrachten sei, hat man bejahend zu beantworten gehabt, da hier nicht sowohl die etwaige Silber- oder Coursdifferenz zwischen den gezahlten 825 Stück Sechskreuzern und den geforderten 55 Thalern Courant in Frage kommt, sondern nach der Versicherung Klägers ein ganz anderer Gegenstand gewährt worden ist, als stipulirt worden war, überhaupt für Klägern keine Verpflichtung vorlag, diese Münzen als Zahlung anzunehmen.

Da der Handel in Sachsen abgeschlossen worden ist, so konnte demnächst die vom Beklagten bei Einl.-Punkt 2. verneinte Behauptung, daß bestimmt auf Zahlung in Courant abgeschlossen worden, völlig dahin gestellt bleiben. Vielmehr würde es Sache des Beklagten gewesen sein, nachzuweisen, daß der Handel auf eine bestimmte ausländische Münze abgeschlossen worden.

Hiernächst kann man zwar demjenigen, was Bl. — (über die Zahlung in Sechskreuzern) in voriger Instanz entwickelt worden ist, beitreten, nicht aber demjenigen, was ebendaselbst Bl. — über die beiden Gründe, auf denen die Klage beruhe, und beziehendlich die Unschlüssigkeit eines dieser Gründe ausgeführt worden ist.

Denn es liegt in demjenigen, was in der Klage über das „Handeln Zug für Zug" vorgetragen worden ist, kein ausreichender Grund zu der Annahme, daß Kläger dadurch, daß er seinen Sohn mit der Ablieferung des verkauften Gegenstandes beauftragt habe, diesem zugleich den Auftrag ertheilt habe, nicht nur den Kaufpreis von dem Käufer einzucassiren, sondern auch — und hierauf kommt es im vorliegenden Falle an — mit demselben über die Art der Zahlung zu verhandeln und für den Verkäufer hierbei verbindliche Erklärungen abzugeben.

Vielmehr bestand, nach der Darstellung der Klage, der Auftrag des Sohnes des Klägers nur darin, den gekauften Gegenstand richtig an den Käufer abzuliefern. Daß übrigens weder Klägers Sohn, noch auch Beklagter selbst einen weiter gehenden Auftrag angenommen haben, geht auch daraus hervor, daß — nach dem Anführen in der Klage — Klägers Sohn nur durch die wiederholte Versicherung Beklagtens zur Annahme der Sechskreuzer sich bestimmen lassen, wie Kläger schon damit zufrieden sein würde, sonach Alles auf die zu verhoffende Billigung des Klägers gesetzt wurde.

Lag sonach keine Verpflichtung Klägers zur Annahme der gezahlten Sechskreuzer vor, konnte insbesondere demselben durch die vorläufige Annahme der Sechskreuzer durch den Sohn des Klägers nicht präjudicirt werden, so kann auch die unter a. vorgeschützte Ausflucht nicht als schlüssig betrachtet werden, da der Auftrag zur Eincassirung der 55 Thaler keineswegs ohne Weiteres das Recht eingeschlossen haben würde, Münzen, welche keinen gesetzlichen Cours im Lande haben, als Zahlung anzunehmen und den Käufer zu liberiren. Sonach kann es auch auf die bei Einl.-Punkt 18. und 22. verneinte spätere Vereinigung nicht weiter ankommen.

Die Verpflichtung Beklagtens zur Rücknahme der gezahlten Sechskreuzer konnte aus diesen Gründen nicht bezweifelt werden. Daß nun die bestrittene Identität der gezahlten und der deponirten Münzstücke durch einen Bestärkungseid Klägers festgestellt werde, wie in erster Instanz entschieden worden, erscheint völlig angemessen.

Indem daher das Erkenntniß erster Instanz lediglich wieder herzustellen war, waren jedoch die Kosten des jetzigen Rechtsmittels wegen des Wechsels der Entscheidungen zu compensiren."

---

## 39.

**Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks zur Sicherstellung einer nach dem eignen Zugeständnisse des Schuldners für gefährdet zu erachtenden Forderung.**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. K. in L.

Auf Grund einer von dem Schuldner gerichtlich recognoscirten Urkunde folgenden Inhalts:

„Herrn Zimmermeister C. F. B. hier schulde ich laut gehaltener Abrechnung für die von ihm gelieferten Zimmerarbeiten meines Hauses auf der —straße allhier die Summe von 3500 Thalern —⁄— —⁄—, buchstäblich drei Tausend fünf Hundert Thalern, nebst den Zinsen dieses Capitals zu 4½ Procent von Johannis dieses Jahres ab, und verpflichte mich, da ich außer gedachtem Hause nichts im Vermögen besitze und das Capital in gegenwärtiger Zeit zurückzuzahlen nicht im Stande bin, bis zur Rückzahlung mit vier und ein halb Procent jährlich zu verzinsen.

B., den 16. August 1849.

J. C. R."

wendete bei dem Amte B. am 16. August 1849 der Zimmermeister B. gegen jede von dem Hausbesitzer J. C. R. etwa vorzunehmende Veräußerung oder Verpfändung seines in der Urkunde gedachten Grundstücks Protestation und wider Abschlagung seines Gesuches eventuell Appellation ein, indem er anführte, daß R., wie er gegen ihn nicht abredig gewesen sei, beabsichtige, jenes Haus nicht nur mit anderweiten Hypotheken zu belasten, sondern es auch zu verkaufen.

Gleichzeitig bat B., im Wege des Executionsprocesses seinem Schuldner mittelst Hülfsauflage die unverweilte Zahlung der erwähnten Forderung nebst den Zinsen derselben von Johannis ab zu 4½ Procent und von Zeit erhobener Klage ab zu 5 Procent aufzugeben, indem er, was die Fälligkeit der Forderung anlangt, darauf Bezug nahm, daß nach der bekannten Rechtsregel: „quod sine die debetur, statim debetur", welche nach mehrfachen Entscheidungen des Königl. Oberappellationsgerichts auch im Urkundenprocesse vollständige Anwendung leide,

cf. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, 1849. S. 315.

Beklagter die Schuld auf sein jederzeitiges Verlangen zu zahlen verbunden sei.

Das Amt B. entsprach beiden Gesuchen, dem ersteren durch Eintragung der Protestation in das Hypothekenbuch, dem letzteren durch Erlassung einer Zahlungsauflage nach §. 89. und §. 91. des Executionsgesetzes.

Innerhalb der in dieser Auflage nachgelassenen sächsischen Frist kam Beklagter hiergegen mit einer Vorstellung ein, in welcher er sich darauf berief,

1) daß die der Executionsklage zu Grunde gelegte Urkunde für sich allein keineswegs ausreiche, den eingeleiteten Executionsproceß zu begründen, indem sie ein documentum referens sine relato sei, weil darin auf eine nicht beigefügte und überhaupt nicht erfolgte Abrechnung Bezug genommen werde,

2) daß die Schuld noch nicht gefällig ſei und deshalb die Beſtimmung der Erl. Proc.-Ordn. im Anhange §. 6. eintreten müſſe,
3) daß die Schuld überhaupt nicht ſo viel betrage, als vom Kläger angegeben ſei, und
4) daß er zu Ausſtellung der Urkunde überredet worden ſei, und er ſolche aus irrigen Vorſtellungen über die Folgen daraus unterzeichnet und gerichtlich anerkannt habe.

Das Proceßgericht ſprach jedoch dieſen Einwendungen die rechtliche Begründung ab, weil

zu 1. der in der Urkunde gebrauchte Ausdruck „laut gehaltener Abrechnung" nur andeute, daß eine Berechnung vorausgegangen und die Urkunde eine Folge derſelben ſei,

zu 2. ein Schuldbekenntniß, wie die Urkunde enthalte, auch eine Zahlungsverbindlichkeit in ſich ſchließe und wenn ein Zahlungstermin nicht ausdrücklich beſtimmt ſei, die Zahlung gemeinrechtlich nach l. 41. §. 1. D. de verb. obl. ſofort und nach l. 21. §. 1. D. de constit. pec. nach zehn Tagen entrichtet werden ſolle, die §. 6. im Anhange zur Erl. Proc.-Ordn. aber nur namentlich bezeichnete unbeſtimmte Ausdrücke über die Zahlungszeit, welche jedoch in der erwähnten Urkunde nicht vorkämen, normire,

zu 3. die daſelbſt aufgeſtellte Behauptung ganz illiquid ſei, indem der fol. — von Beklagtem beigebrachte Baucontract und die nachher geſchehene Berechnung verſchieden ſein können, und

zu 4. ein ſo allgemeines, ganz unbeſcheinigtes Anführen eben ſo wenig und nur das berückſichtigt werden könne, was die Urkunde wirklich ausweiſe.

Auf die von Beklagtem hiergegen, ſo wie gegen die erfolgte Eintragung der Proteſtation eingewendete Appellation, in welcher derſelbe noch außerdem darauf Bezug nahm, daß der Abfall der Nahrung nicht beſcheinigt ſei, und daß er vielmehr ein einträgliches Gewerbe betreibe, erſtattete das Amt B. Bericht an das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig, welches im November 1849 verordnete, daß die von Beklagtem vorgebrachten Einwendungen nach Maaßgabe der Vorſchrift des Executionsgeſetzes §. 94. und 95. in ein Verhör zu ziehen und nach beendigter Verhandlung mit Eröffnung eines Beſcheides zu verfahren, der geſchehene Eintrag der Proteſtation auf das N.'ſche Grundſtücksfolium aber wiederum zur Löſchung zu bringen ſei, indem es ſich in letzterer Beziehung folgender Maaßen ausſprach:

„Wenn es jedoch, will Man auch die Exiſtenz der Forderung N.'s an ſich für den Zweck der Inhibition für genugſam beſcheinigt annehmen und von den Seiten N.'s gegen die Höhe und Fälligkeit derſelben erhobenen Einwendungen abſehen, indem in letzterer Beziehung Inhibitionsgeſuche auch wegen erſt künftig gefällig werdender Forderungen für ſtatthaft geachtet werden können, an dem nach Maaßgabe des Geſetzes vom 6. November 1843. §. 148. zugleich erforderlichen Nachweiſe der Gefahr des Verluſtes der Forderung inſofern gebricht, als eines Theils die auf dem N.'ſchen Grundſtücke haftenden Hypothekenſchulden und die übrigen angemeldeten Forderungen im Geſammtbetrage von 10,800 Thalern —ˢ —ˢ den dieſem Immobile nach den darauf ruhenden Steuereinheiten beizulegenden Werth von 11,236 Thlrn. —ˢ —ˢ noch nicht erreichen, andern Theils, ſelbſt angenommen, daß die Steuereinheiten einen ſichern Maaßſtab für den eigentlichen Werth eines Grundſtücks und den bei einer etwaigen nothwendigen Veräußerung zu erlangenden Kaufpreis nicht gewähren, ein Nahrungsabfall nicht ſchon dann ſchlechterdings vorhanden, wenn der Schuldner ſeinem Gläubiger nicht genugſame Deckung durch Immobilien ſchaffen kann, vielmehr es denkbar iſt, daß der Schuldner durch ſeinen Erwerb ſich im Stande befinde, Zahlung zu leiſten, in dieſer Hinſicht aber die von dem Gegner unwiderlegt gebliebene und nicht beſtrittene Behauptung N.'s Bl. —, wie er ein nährendes ſchwunghaftes Gewerbe treibe, nicht unberückſichtigt zu laſſen geweſen, ſo ergeht in Beachtung des ergriffenen Rechtsmittels an das ermeldete Amt hiermit Verordnung, den geſchehenen Eintrag der Proteſtation B.'s auf das N.'ſche Grundſtücksfolium wiederum zur Löſchung zu bringen." —

Die Fortſtellung gegenwärtiger Sache erledigte ſich durch einen zwiſchen den Parteien abgeſchloſſenen Vergleich.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 20.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 40.

### Stehen den städtischen Braucommunen die Rechte der Corporationen zu?

Mitgetheilt von
Herrn S—r in B.

In der von O. und Genossen wider C. und S. bei dem Landgericht in Z. im Mai 1852 erhobenen Klage führen Kläger an, daß sie, bezüglich ihre Vorbesitzer, sämmtlich brauberechtigte Bierhofsbesitzer, mit anderen Brauberechtigten den Beklagten im Jahre 1844 Vollmacht in solidum ertheilt hätten, alle und jede die Verpachtung des Z—r Brauurbars betreffende Einleitungen zu treffen; daß in Folge dessen Beklagte die Z—r Weizen- und Gerstenbierbrauerei an den Brauer H. auf vier Jahre, vom 1. Januar 1845 an, verpachtet, aber, ohne dazu ermächtigt gewesen zu sein, den Pachter H. noch im Jahre 1845 der gegen die Z—r Braucommun übernommenen Pachtverbindlichkeiten entlassen und sich angemaaßt hätten, die den Z—r Bierhofsbesitzern zuständigen Braurechte, und unter diesen auch die der Kläger und bezüglich ihrer Vorbesitzer in den Jahren 1846, 1847 und 1848, zu administriren; daß sie einen Pachter zu Abbrauung von obergährigen Weizen- und Gerstenbieren, ingleichen einen Brauverwalter für die Braucommun in ihre Dienste genommen, für Rechnung der Braucommun Getreide eingekauft und dasselbe malzen und verbrauen lassen, endlich das daraus erzeugte Bier verkauft hätten. Sie fordern daher Rechnungsablegung über die Verwaltung ihrer Braurechte in den Jahren 1846, 1847 und 1848 und Herausgabe der gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen von den Beklagten.

In der Einlassung auf die Klage haben sowohl Beklagter C. als auch Mitbeklagter S. den Grund derselben unter Rückgabe des ihnen über den Inhalt der Klage angetragenen Eides geleugnet, und zwar Beklagter C. zum 7ten verneinenden Einlassungsabschnitt:

„daß er auch die Braurechte der Kläger in den Jahren 1846, 1847 und 1848 zu administriren sich angemaaßt",

mit der Bemerkung:

„daß von Braurechten, welche einzelnen Commungliedern zustünden, nicht die Rede sein könne, da das fragliche Braurecht der Braucommun als Commun zustehe und eben der Zweck dieser communlichen Einigung sei, zu der die einzelnen Glieder rechtlich im Gegensatze stünden, so daß das, was der Commun angehöre, nicht von einzelnen Mitgliedern derselben antheilig in Anspruch genommen werden könne und Commun und einzelne Communglieder ganz verschiedene Rechtssubjecte bilden,

Hommel, Observ., DCI. 6. sub fin.

Thibaut, System des Pandectenrechts, 8te Ausgabe, §. 132.

daß die Gleichmäßigkeit der Braunutzung der sicherste Beweis davon sei, daß das Braurecht kein Recht der Einzelnen, sondern ein Gemeinheitsrecht sei, und weil es demnach in dieser Beziehung kein Recht des Einzelnen gebe, auch kein solches Recht den Klägern habe eingeräumt werden können."

Im Verfahren hat jedoch Beklagter C. die in den Einlassungspunkten 8. bis 12. geleugneten Thatsachen:

„daß er am 4. November 1845 einen Brauer zu Abbrauung von obergährigen Weizen- und

Gerstenbieren, — am 15. Juli 1846 einen Brauverwalter für die Braucommun in Dienste genommen, — daß er für Rechnung der Braucommun Getreide gekauft, dasselbe malzen und verbrauen lassen",

weil diese Vorgänge in Beziehung auf die Braucommun angeführt worden, eingeräumt, übrigens aber in zerstörlicher Weise vorgeschützt:

„daß er über die Verwaltung der geklagten Braunahrung auf die einzelnen Jahre 1846, 1847 und 1848 Rechnung abgelegt, zu deren Abnahme die Mitglieder der Braucommun im Z—r Wochenblatte eingeladen und in Folge dieser Einladung den Erschienenen diese Rechnung von ihm vorgetragen worden sei",

hierauf von den Klägern Einlassung gefordert, ihnen im Leugnungsfalle hierüber den Eid angetragen und gebeten, zu erkennen, daß Beklagter von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, Kläger auch die verursachten Kosten zu erstatten schuldig.

Der am 4. September 1852 publicirte Gerichtsbescheid lautet dahin:

„Weil die Ansicht des Beklagten in der Anmerkung zum 7ten Einlassungspunkte, daß er nicht von den Klägern als einzelnen Mitgliedern der brauberechtigten Bürger zu Z., sondern von der Gesammtheit derselben, als einer universitas, habe belangt werden können, als irrig bereits in ähnlichen Processen widerlegt worden ist; ferner Beklagter den Grund der erhobenen, aus dem Gesichtspunkte einer actio negotiorum gestorum directa zu betrachtenden Klage bei dem 8ten bis 12ten Einlassungsabschnitte Bl. — zur Genüge eingeräumt hat, seine Bl. — vorgeschützte Ausflucht aber nicht in Betracht kommen, weil, ganz abgesehen davon, daß Beklagter nicht schon mit Ablegung der Rechnung, sondern erst mit der Justification derselben, gegen die Ansprüche der Kläger aus der von ihm geführten Geschäftsführung sichergestellt worden sein würde, Beklagter darauf, daß den Klägern eine Rechnung wirklich vorgelegt worden sei, oder daß ihnen die Verpflichtung obgelegen, der Bl. — erwähnten Einladung Folge zu leisten, in schlüssiger Weise sich zu beziehen nicht vermocht hat; wogegen Mitbeklagter den Klaggrund in Abrede gestellt und den hierüber Bl. — angetragenen Eid Bl. — zurückgegeben hat, nun aber, wenn auch die Eidesrelation über ein factum proprium des Delaten, mit Ausnahme der wenigen, in den Gesetzen ausdrücklich namhaft gemachten,

vgl. Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilproceß, S. 523. ed. 7.

hier nicht vorliegenden Fälle, zulässig ist, dennoch völlig genügt, wenn die Kläger die eine oder die andere der in pct. lit. cont. 8—13. erwähnten Handlungen durch Leistung des Relati in rechtliche Gewißheit setzen, indem die Verpflichtung des Mitbeklagten zur Rechnungsablegung schon dann begründet ist, wenn er der in der Klage erwähnten Geschäftsführung in irgend einer Beziehung sich unterzogen hat, da eine vollständige Uebersicht der von ihm geführten Geschäfte erst nach geendigtem Defecturverfahren erlangt werden kann; So ist Beklagter schlechterdings, nicht minder, dafern die Kläger den über den 8ten bis 13ten Einlassungspunkt zurückgegebenen Eid alternativ, und zwar nach ihrer Wahl de credulitate, schwören, auch Mitbeklagter über die von ihnen geführte Verwaltung richtige Rechnung, worinnen die einzelnen Einnahme- und Ausgabeposten gehörig zu sondern, binnen Sächsischer Frist von dem Tage an, an welchem die Kläger das obige Relatum geleistet haben werden, zu berechnenden Frist bei 5 Thalern Strafe zu den Acten zu bringen schuldig, worauf, wenn die Kläger ihre etwanigen Erinnerungen dawider, wie ihnen in ebenmäßiger Frist zu thun, bei deren Verlust, obliegt, unter gewissen fortlaufenden Zahlen übergeben, Beklagter und Mitbeklagter solche unter Beibehaltung derselben Nummern beantwortet, wie sie denn dazu unter der Verwarnung, daß außerdem die gezogenen Defecte für eingeräumt geachtet werden sollen, gehörig vorzuladen und beide Theile kürzlich mit einander zu verfahren haben, ferner ergehet, was Recht ist."

Gegen diesen Bescheid appellirten sowohl Beklagter, als auch Mitbeklagter, worauf das Königl. Appellationsgericht zu Budissin solches in dem am 6. April 1853 bekannt gemachten Urthel reformirte und dahin erkannte:

„daß es bei gedachtem Bescheide nicht zu lassen, es hat vielmehr der Kläger Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, sie sind auch Beklagtem und Mitbeklagtem die Proceßkosten erster Instanz zu erstatten verbunden, wogegen die durch die ergriffenen Rechtsmittel veranlaßten Unkosten unter den Parteien gegenseitig aufzuheben sind."

Diesem Urthel sind folgende Entscheidungsgründe beigegeben:

„Aus dem Inhalte der Klage scheint hervor zu gehen, daß die Kläger die Beklagten nicht als Verwalter einzelner, den Klägern gehöriger Braurechte, sondern als Verwalter des gesammten, der Braucommun zu Z. zustehenden Brauurbars, und zwar, wie in erster Instanz ganz richtig bemerkt worden, ex negotiorum gestione in Anspruch nehmen wollen. Es fragt sich daher, ob Kläger, als einzelne Mit-

glieder der genannten Braucommun, die Beklagten deshalb in Anspruch zu nehmen berechtigt seien. Diese Frage ist in erster Instanz bejaht worden, weil die Ansicht des Beklagten, daß er nicht von den Klägern als einzelnen Mitgliedern der brauberechtigten Bürger in Z., sondern nur von der Gesammtheit derselben als einer universitas habe belangt werden können, irrig sei.

Das Appellationsgericht ist jedoch zur entgegengesetzten Ansicht gelangt. Zuvörderst nämlich unterliegt es

I.

keinem Zweifel, daß den Braugenossenschaften oder Braucommunen, wenn gleich sie weder eine wirkliche Gemeinde, noch eine eigentliche universitas bilden, doch theils durch die Gesetze, theils durch den Gerichtsbrauch alle Rechte einer solchen beigelegt werden.

Dies hat auch seinen ausreichenden Grund in der Natur der Sache. Denn das Gewerbe des Bierbrauers und die nach der älteren Gesetzgebung damit in Verbindung stehenden Zwangs- und Verbietungsrechte werden in den darüber vorhandenen älteren Gesetzen

vgl. Curtius, Handbuch, Thl. I. §. 255.

Haubold, Lehrbuch, §. 444.

ausschließlich den Städten zugeeignet. Da aber auch hier die Ausübung der Braunahrung nicht der Willkür der einzelnen Bürger überlassen ist, sondern ausschließlich den Besitzern der brauberechtigten Grundstücke zusteht, so treten letztere in ihrer Gesammtheit in dieser Beziehung an die Stelle der Stadtgemeinde, weshalb sie auch die der Stadt zustehenden Zwangs- und Verbietungsrechte bis zu deren durch das Gesetz vom 27. März 1838 erfolgten Aufhebung allein ausübten,

Curtius, a. a. O. §. 256.

Biener, Quaestionum cap. XXVII. sub fin. in Opusc. academ. T. II. p. 138.

Haubold, a. a. O. §. 448.

Daher wird die Gesammtheit der Bierhofsbesitzer, aus welchen sonach in Bezug auf die Braunahrung die Stadtgemeinde besteht und welche die über die Braugerechtigkeit als ein Vorrecht der Stadt entstehenden Processe anstatt der Stadtcommun zu führen hat, selbst als eine Art Gemeinde betrachtet und als Braugenossenschaft, Braugilde, Braucommun bezeichnet,

Curtius, a. a. O.

Ausführungsverordnung zu dem angezogenen Gesetze vom 27. März 1838 von gleichem Datum §. 1. (G.-Bl. S. 286.)

und in der

Städteordnung vom 2. Februar 1832. §. 25.

unter andern unzweifelhaften Corporationen, wie Handwerksinnungen und städtischen Schützengilden, aufgeführt und daß denselben theils durch den Gerichtsbrauch, theils durch die Gesetzgebung die Rechte und Pflichten der Corporationen wirklich beigelegt werden, ergiebt sich aus Folgendem:

1) Nach der Vorschrift der

Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. VII. §. 6.

sollen Gemeinden und andere Universitates in rechtlichen Angelegenheiten per Syndicos zu erscheinen verbunden sein. Diese Vorschrift ist nach einem unbestrittenen Gerichtsbrauche stets auf die Braucommunen angewendet worden,

Rivini, Enunciata juris ad Tit. VII. §. XXXIII. „Qui jus braxandi in civitate habent, ceu collegium per syndicos comparere debent."

Biener, Syst. proc. jud., §. 32. not. 1.

Kori, Theorie des ordentl. Proc., §. 21. Not. 11. S. 38.

v. Langenn und Kori, Erörterungen, Thl. II. Nr. II. Anmerk. 3. S. 37. der 2ten Ausg.

Wolkmann, System des Civilproc., §. 55.

Osterloh, der ordentl. bürgerl. Proceß, §. 184. Note 2. Bd. I. S. 314. der 3ten Ausg.

Ackermann, Rechtssätze, Neue Folge, Bd. 1. Nr. 64. S. 116, und in

Rehrhoff's v. Holderberg Archiv für sächsische Juristen, Bd. I. Nr. XVIII. Note 18. S. 99.

Ebenso wird ihnen

2) die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumnisse gleich andern Corporationen nach Analogie der Minderjährigen zugestanden.

v. Langenn und Kori, a. a. O.

Dasselbe gilt

3) von der Eidesleistung durch Schwurmänner.

Giebner, Discurs zur Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XVIII. §. 5.

v. Langenn und Kori, a. a. O.

Ackermann, a. a. O.

4) Ferner ist in dem

Gesetze, die Aufhebung des Bier- und Mahlzwangs betr., vom 27. März 1838. §. 9. (Ges.-Bl. S. 278.)

bestimmt, daß bei städtischen Brauconsortschaften wegen des über die Wahl der Entschädigungsweise für die aufgehobenen Rechte zu fassenden Beschlusses die absolute, nach den Antheilen an der Braugerechtigkeit (Bieren, Brauloosen) zu rechnende Stimmenmehrheit entscheiden solle.

Wären die Braucommunen nur gewöhnliche Gesellschaften, — wie eine solche Gesellschaft zu Abbrauung untergähriger Biere in Z. besteht, welcher die Rechte der Corporation allerdings nicht zustehen, — so hätte über die dabei in Frage kommenden Rechte der Einzelnen nicht die Stimmenmehrheit entscheiden können, es wäre vielmehr dazu Stimmeneinhelligkeit erforderlich gewesen. Endlich gehört dahin

5) das Recht, besondere Brauordnungen aufzustellen, wie eine solche nach dem, was in anderen zur Entscheidung in zweiter Instanz anher gelangten Rechtssachen zur Kenntniß des Königl. Appellationsgerichts hierselbst gekommen, in Z. wirklich besteht, und obrigkeitliche Bestätigung erhalten hat.

Es werden daher auch die städtischen Braugenossenschaften oder Braucommunen nicht nur von mehrern Rechtslehrern,

Rivinus, a. a. O.

Biener, l. l.

Hänsel, Excurse, Bd. II. S. 444.

Volkmann, a. a. O.

Ackermann, in Rehrhoff's Archiv a. a. O.

sondern auch sogar in Gesetzen, wie in der

Städteordnung, §. 106. (G.-S. 1832. S. 44.), ausdrücklich den Corporationen beigezählt.

II.

Ist nun nach dem Vorstehenden nicht zu bezweifeln, daß den Braucommunen die Rechte der Corporationen zustehen, so folgt daraus, daß einzelne Mitglieder derselben nur in dem Falle Klage zu erheben berechtigt sind, wenn solche nicht eine gemeinsame Angelegenheit der gesammten Braucommun, sondern die Rechte der Einzelnen betrifft. Denn wegen eines Anspruchs, welcher einer Gemeinheit zusteht, kann von deren einzelnen Mitgliedern nicht geklagt werden.

L. 7. §. 1. D. quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. (III. 4.)

„Si quid universitati debetur, singulis non debetur."

Haubold, Diss. de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. (Lips. 1804.) Cap. IV. §. 13., in Opusc. Acad. Vol. II. p. 599.

Es entsteht daher die Frage, ob Beklagte sich der Administration der Braurechte der Kläger als einzelner Brauberechtigter oder des gesammten Braurbars im Interesse der ganzen Braucommun unterzogen haben, und ob sie demnach den einzelnen Bierhofsbesitzern oder der Braucommun als solcher Rechnung abzulegen verbunden sind. Gerade in dieser Beziehung ist nun aber die Klage völlig unklar und in sich selbst widersprechend. Denn während Kläger als einzelne Mitglieder der Braucommun zu Z. klagend auftreten, führen sie gleichwohl selbst an, daß sie, bezüglich ihre Vorbesitzer, mit andern Brauberechtigten in Z., — welche nicht näher bezeichnet sind, — den Beklagten Vollmacht ertheilt haben, alle und jede, die Verpachtung des Z—r Brauurbars betreffende Einleitungen zu treffen; während sie ferner behaupten, Beklagte hätten sich nach Wiederaufhebung des im Jahre 1844 abgeschlossenen Pachtcontracts angemaaßt, die ihnen, den Klägern, zustehenden Braurechte in den Jahren 1846, 1847 und 1848 zu administriren, bemerken sie weiterhin selbst, daß Beklagte einen Brauverwalter für die Braucommun in ihre Dienste genommen, für Rechnung der Braucommun Getreide gekauft, solches malzen und verbrauen lassen und das daraus erzeugte Bier verkauft haben. Nach diesen Angaben muß man annehmen, daß, nachdem einmal die Verpachtung des Brauurbars unter Zustimmung der Kläger, wie aus der Klage selbst hervorgeht, beschlossen und dadurch das Recht der Bierhofsbesitzer, ihre Biere einzeln abzubrauen, auf die Gesammtheit übertragen worden,

vgl. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Bd. III. S. 574 flg. Nr. 32.

Beklagte nach Wiederaufhebung des Pachtcontracts sich der Administration des Brauurbars nicht im Interesse Einzelner, sondern der gesammten Braucommun unterzogen haben, und man kann solchenfalls auch nur der Braucommun als solcher das Recht zugestehen, von den Beklagten Rechnungsablegung und Herausgabe der gezogenen Nutzungen zu verlangen.

Unter diesen Umständen war die Klage mindestens in der angebrachten Maaße abzuweisen.

Hiernach konnte es dahin gestellt bleiben, ob, wenn dieselbe statthaft wäre, der zurückgegebene Eid über die angeführten Thatsachen elective oder nicht vielmehr cumulativ zu leisten gewesen sein würde, da alle diese einzelnen Thatsachen zusammen erst diejenigen Handlungen der Beklagten darstellen, wodurch dieselben die Brauerei verwaltet, und da jede einzelne an sich die Beklagten zur Rechnungsablegung verpflichten würde."

Auf die von den Klägern dagegen eingewendete Berufung hat das Königl. Oberappellationsgericht in dem am 12. Juli 1853 abgefaßten Erkenntnisse unter Compensation der Kosten dieses Rechtsmittels das Urthel zweiter Instanz bestätigt und seiner Entscheidung nach folgende Gründe beigefügt:

„Die im Rubrum der Klage genannten 15 Kläger bezeichnen sich dabei als „brauberechtigte Bier-

hofsbesitzer in Z.", erzählen im Eingange der Klage, daß im Jahre 1844 von ihnen und andern Brauberechtigten den beiden Beklagten zu Verpachtung des Z—r Brauurbars Einleitung zu treffen, Vollmacht ertheilt und hierauf von den Beklagten der Brauurbar auf vier Jahre vom 1. Februar 1845 ab für 2000 Thlr. —, —, jährlich verpachtet, von den hierzu nicht berechtigten Beklagten jedoch der Pachter seiner Verbindlichkeit sehr bald wiederum entlassen und zu Ende des Jahres 1845 das Pachtverhältniß aufgehoben worden sei, ohne übrigens hieraus einen Anspruch abzuleiten und klagbar zu machen.

Sodann beschweren sie sich darüber:

„daß die Beklagten sich angemaaßt hätten, die den Z—r Bierhofsbesitzern zuständigen Braurechte, und unter diesen auch die der Kläger, in den Jahren 1846, 1847 und 1848 zu administriren",

wobei sie das, was die Beklagten in dieser Beziehung gethan — (Annahme eines Brauers und eines Brauverwalters für die Braucommun, Getreideeinkauf für Rechnung der Braucommun, Veranstaltung des Malzens und Brauens, sowie Verkauf des Bieres) —, speciell erwähnen, und die theilweise ein Confessat enthaltende Angabe hinzufügen, daß von den Beklagten jedem der Kläger als Antheil an den Nutzungen nur ein Betrag von 7 Thlrn. 22 Ngr. 7 Pf., doch ohne vorgängige gehörige Rechnungsablegung, zugestellt worden wäre.

Hieraus folgern sie das Sachgesuch:

„daß Beklagte schuldig, den Klägern auf die Jahre 1846, 1847 und 1848 über die Verwaltung der Braurechte derselben gehörige Rechnung abzulegen, auch die gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen herauszugeben".

Ohne Weiteres leuchtet es von selbst ein, daß diese Klage, welche in beiden vorigen Instanzen als eine actio negotiorum gestorum directa und in der ersten Instanz als schlüssig, in der zweiten aber als unschlüssig betrachtet wird, als solche schon darum nicht aufrecht erhalten werden kann, weil es darin an specieller Angabe über die hinsichtlich des Brauwesens zu Z. in den Jahren 1846—1848 bestandene Einrichtung und über die den sogen. Bierhofsbesitzern damals zuständig gewesenen Berechtigungen — über die Braurechte der Kläger, welche die Beklagten administrirt haben sollen — fehlt, dieser Mangel an thatsächlicher Begründung der Klage aber um so gewisser, als sie auf Eid gestellt ist, zu deren Abweisung führen muß.

Aus den von den Klägern selbst, doch erst später zu den Acten gebrachten Schriften geht hervor, daß es in den älteren Zeiten mit der Brauberechtigung in Z. eine ganz andere Bewandtniß gehabt hat, daß die besondere Berechtigung gewisser Grundstücke erst gegen die Mitte des 17ten Jahrhunderts als feststehend anerkannt, und daß die Ausübung dieser Berechtigungen durch eine landesherrlich bestätigte Brauordnung vom Jahre 1808 näher bestimmt worden sein soll.

Gesetzliche Bestimmungen, in welchen die einem jeden brauberechtigten Bierhofsbesitzer in einer zu dem Königreiche Sachsen oder zur Königl. Sächsischen Oberlausitz gehörigen Stadt, als solchem, der Stadt, der Braugenossenschaft, oder den übrigen einzelnen Braubürgern gegenüber, zustehenden besonderen Berechtigungen und Obliegenheiten aufgezählt würden, giebt es nicht. Das bloße Anführen der Kläger, sie seien „brauberechtigte Bierhofsbesitzer in Z.", führt daher zu keiner Auskunft darüber, welches Geschäft der Kläger die Beklagten, wenn diese in den Jahren 1846—1848 den Z—r Brauurbar administrirten, für die Kläger geführt und über welches die Beklagten Rechnung abzulegen haben.

Nach dem im Verfahren und bei den Appellationen zu den Acten gelangten Herauslassungen der Parteien, namentlich auch der Kläger, scheinen Differenzen über eine dem Brauwesen zu Z. zu gebende veränderte Einrichtung und die durch die Mehrzahl der Betheiligten gefaßten, den Klägern nicht convenirenden Beschlüsse, in deren Folge in den Jahren 1846—1848 statt des Reihebrauens eine wenig ergiebige Administration für die Gemeinschaft stattgefunden hat, zu der Klage Anlaß geboten zu haben, mittelst deren eigentlich ein Anspruch der Kläger auf Entschädigung dafür, daß sie während beregter Zeit an eigner Ausübung ihrer behaupteten Berechtigungen behindert worden seien, geltend gemacht werden soll.

Aus dem Vorbemerkten folgt, daß, obwohl den Gründen der zweiten Instanz nicht durchaus beigepflichtet werden mag, und namentlich der über die unbedingte Unterordnung einzelner Realberechtigter unter die von der Mehrheit Gleichberechtigter beliebten Verfügungen geäußerten Ansicht nicht unerhebliche Bedenken entgegenstehen, doch die Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße und, dem zu Folge, die Verurtheilung der Kläger in die Proceßkosten zu bestätigen gewesen ist."

## 41.

### Begriff einer kaufmänniſchen Anweiſung.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. D. F. D. in D.

Kläger B., ein Schneidermeiſter in L., klagte als Indoſſatar gegen den Ausſteller einer in gewöhnlicher Form eines Wechſels ausgeſtellten, einen Monat nach dem Tage der Ausſtellung zahlbaren und bei einem Hotelier in L. domicilirten, jedoch an eigene Ordre gerichteten Anweiſung über 50 Thlr. —ˢ —ᵍ, welcher ein „kaufmänniſches" Geſchäft durchaus nicht zu Grunde lag, einen gewiſſen W. in Dresden, welcher früher Weinhändler in M. war, ſich aber ſeit längerer Zeit ohne eine beſtimmte Beſchäftigung in D. aufhielt, beim daſigen Königl. Stadtgericht im Wechſelproceſſe.

Der Beklagte W. excipirte die Unſtatthaftigkeit des Wechſelproceſſes, weil weder die auf der Anweiſung benannten Perſonen Kaufleute ſeien, noch dieſer Anweiſung ein kaufmänniſches Geſchäft zu Grunde liege, während klägeriſcher Seits dagegen geltend gemacht wurde, daß auf die jenſeitigen Einwände überhaupt etwas nicht ankomme, ſondern lediglich die Form, in welcher das fragliche Papier abgefaßt ſei, darüber entſcheide, ob daſſelbe als eine kaufmänniſche Anweiſung im Sinne der neueren Geſetzgebung anzuſehen ſei.

Das Königl. Stadtgericht zu D. entſchied gegen Klägern, erklärte den Wechſelproceß für unſtatthaft, weil als kaufmänniſche Anweiſung, als welche ſonach die der vorliegenden Klage zu Grunde liegende nicht angeſehen werden könne, nach dem Geſetze vom 7. Juni 1849, vergl. mit dem Mandate vom 23. December 1829 nur die im Handel und Geſchäftsbetriebe der Fabrikanten vorkommenden Anweiſungen zu betrachten ſeien, und verurtheilte Klägern in Erſtattung der Koſten.

In Folge der vom Kläger dagegen eingewendeten Appellation ward die Entſcheidung des Königl. Stadtgerichts zu D. durch Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu D. vom Jahre 1854 allenthalben reformirt und unter Compenſation der Koſten der Inſtanz erkannt, daß Beklagter das Libellat dem Kläger zu bezahlen, nicht minder die Koſten zu erſtatten ſchuldig, und zu Erfüllung dieſer Verbindlichkeiten mittels Gefängnißzwanges anzuhalten ſei. Dieſem Erkenntniſſe waren folgende Entſcheidungsgründe beigegeben:

„Beklagter hat ſowohl in dem Bl. — ſtattgehabten, als auch in dem ſpäter nach Bl. — flg. am 22. Decbr. 1853 abgehaltenen Verhörstermine das Original der der Klage zu Grunde liegenden, Bl. — in Abſchrift anzutreffenden Anweiſung als von ihm ausgeſtellt recognoscirt, er hat aber Bl. — und Bl. — behauptet, dieſe Anweiſung eigne ſich nicht, um aus ihr den Wechſelproceß anzuſtellen, indem dieſelbe als eine kaufmänniſche, im Sinne des Geſetzes vom 7. Juni 1849, die kaufmänniſchen Anweiſungen betreffend, nicht zu betrachten ſei. Zu Motivirung dieſer Behauptung beruft er ſich Bl. — darauf, daß er die gedachte Anweiſung zu einer Zeit ausgeſtellt habe, wo er das von ihm früher betriebene kaufmänniſche Geſchäft bereits aufgegeben gehabt und in D. als Privatmann gelebt habe, während der in beſagter Anweiſung genannte Bezogene Gaſtwirth in L. ſei. Das Letztere hat Kläger Bl. — zugegeben, das Erſtere dagegen in Abrede geſtellt, oder wenigſtens nicht zugeſtanden, da er darüber, ob und wann Beklagter ſein Geſchäft aufgegeben, etwas nicht wiſſe. Kläger ſelbſt iſt nach Bl. — Schneidermeiſter.

Der Beſcheid erſter Inſtanz iſt auch der Anſicht Beklagtens mit Rückſicht auf die perſönlichen Verhältniſſe der concurrirenden Perſonen beigetreten und hat deshalb Klägers Suchen als in der gewählten Proceßart, dem Wechſelproceß, unſtatthaft zurückgewieſen und den Kläger in Erſtattung der erwachſenen Proceßkoſten verurtheilt. Auf die hiergegen von dem Kläger eingewendete Berufung hat man aber den angezogenen Beſcheid abzuändern gehabt.

Die erwähnte Anweiſung lautet auf eine Summe von 50 Thalern und ſie entſpricht ihrem Inhalt nach auch ſonſt den Erforderniſſen, welchen Anweiſungen genügen müſſen, um nach dem angezogenen Geſetz als kaufmänniſche Anweiſungen zu gelten. Es kommt mithin bei Beantwortung der Frage, ob dieſelbe ſich eigne, um aus ihr den Wechſelproceß anzuſtellen, allerdings zunächſt nur darauf an, ob Anweiſungen im Sinne des gedachten Geſetzes auch von anderen Perſonen als von Kaufleuten ausgeſtellt und auf Nichtkaufleute gezogen werden können, oder ob ihr Gebrauch mit den in beregtem Geſetz ausgedrückten Wirkungen lediglich auf den Verkehr zwiſchen Kaufleuten beſchränkt ſei? Nun iſt nicht zu verkennen, daß nach den früher und bis zu dem Erſcheinen des mehrgedachten Geſetzes in Sachſen geltenden geſetzlichen Beſtimmungen die Anweiſungen lediglich als ein zwiſchen Kaufleuten und Fabrikanten übliches Inſtitut angeſehen worden. Denn wie ſchon das Mandat vom 23. December 1699, „wie es in Wechſelſachen ꝛc. gehalten werden ſolle", in der hier in Frage kommenden Beziehung nur von den unter Handelsleuten beſchehenen Anweiſungen und Aſſignationen ſpricht, ſo beſtimmte auch das Mandat vom 23. December 1829, „die den kaufmänniſchen Anwei-

sungen beigelegte Wechselkraft betreffend", nur, daß die im Handel und beim Geschäftsbetriebe der Fabrikanten gebräuchlichen Anweisungen den gezogenen Wechseln gleichgestellt seien. Das Gesetz vom 18. Juli 1840, „einige wechselrechtliche Bestimmungen betr.", enthält in dieser Hinsicht keine Abänderung. Auch das Mandat vom 16. November 1776, „wie es mit dem Wechselverfahren in der Oberlausitz gehalten werden soll", ging von der gleichen Ansicht aus, indem es §. 1. festsetzte, daß der Wechselproceß unter Kaufleuten über denselben sowohl förmlich ausgestellte Wechselbriefe, als auch unter sich oder an Fabrikanten auf sich von der Publication dieses Mandats ausgehende Assignationes, wenn schon in solchen das Wort Wechsel nicht enthalten, fernerhin stattfinden solle.

Anders liegt aber die Sache nach der jetzt geltenden Gesetzgebung.

In dem Entwurf einer Wechselordnung für das Königreich Sachsen, welcher auf dem im Jahre 1842 abgehaltenen Landtage zur Vorlage gelangte, war in §. 8. gesagt:

„unter wahren und förmlichen Wechseln werden nur gezogene Papiere verstanden, nämlich

a. trassirte Wechsel,

b. gezogene Anweisungen, kaufmännische Anweisungen, Assignationen.

Insoweit nicht einzelne Bestimmungen dieses Gesetzbuchs sich auf eine einzelne dieser Gattungen beziehen, sind unter dem Worte Wechsel beide Forderungen zu verstehen."

vergl. Landtagsacten v. J. 1842. 1. Abth. 1. Bd. S. 529 flg.

In diesem Entwurf waren mithin die gezogenen oder kaufmännischen Anweisungen als eine Unterart der wahren und förmlichen Wechsel bezeichnet, und zugleich war hinsichtlich der Fähigkeit zu Ausstellung derselben etwas Besonderes nicht bestimmt, sondern es gelten darüber nur die allgemeinen Vorschriften über die Wechselfähigkeit. Es lag daher dem gedachten Entwurf das Princip zu Grunde, daß jeder, welcher fähig sei, einen Wechsel auszustellen, auch die Fähigkeit zu Ausstellung einer gezogenen oder kaufmännischen Anweisung besitze.

Die erste Deputation der zweiten Kammer, an welche der gedachte Entwurf überwiesen worden war, schlug in ihrem diesfalls erstatteten Bericht vor, die auf die gezogenen oder kaufmännischen Anweisungen bezüglichen Bestimmungen des Entwurfs in ein besonderes Capitel XIII. b. zusammenzustellen,

vgl. Landtagsacten v. 1843. Beil. zu d. Prot. der 2. K. 3. Samml. S. 100 flg.

und diese Zusammenstellung in ein besonderes Capitel war auch zugleich von ihr in ihrem Bericht bewirkt worden.

vgl. Landtagsacten v. 1843. a. a. O. S. 192 b.

Damals kam nun zwar der erwähnte Gesetzentwurf nicht zur ständischen Berathung, es machte jedoch die zu Begutachtung dieses mittels Decrets vom 14. September 1845

Landtagsacten v. 1845/46. 1. Abth. 1. Bd. S. 559.

dem Landtag von 1845/46 vorgelegten Entwurfs niedergesetzte außerordentliche Deputation der zweiten Kammer in ihrem Bericht den früheren Bericht der ersten Deputation mit wenigen, hier nicht in Betracht kommenden Abänderungen zu dem ihrigen,

vgl. Landtagsacten v. 1845/46. Beil. zur 3. Abth. 1. Samml. S. 415 flg.

und es wurde darauf auch bei der ständischen Berathung das die Bestimmungen hinsichtlich der gezogenen oder kaufmännischen Anweisungen enthaltende Capitel XIII. b. angenommen.

vgl. Landtagsmitth. v. 1845/46. 2. Kamm. 1. Bd. S. 940 flg.

Der gedachte Entwurf der Wechselordnung erlangte nun zwar nicht Gesetzeskraft, es wurde aber jenes, die kaufmännischen Anweisungen betreffende Capitel XIII. b. des früheren Entwurfs dem im Jahre 1849 zusammengetretenen Landtag als ein besonderes Gesetz vorgelegt und in den Motiven dazu in der Hauptsache nur auf die früheren Motiven Bezug genommen.

vgl. Landtagsacten 1849. 1. Abth. S. 377.

Daß die gezogenen oder kaufmännischen Anweisungen nur ein auf den Handels- und Fabrikstand beschränktes Institut sein sollten, war namentlich auch in diesen neueren Motiven nirgends ausdrücklich hervorgehoben, und es ist daher nach den oben bemerkten Vorgängen anzunehmen, daß man auch bei Vorlegung des erwähnten Gesetzes von dem in dem Entwurf der Wechselordnung enthaltenen Princip, daß jeder, der zu Ausstellung eines Wechsels fähig sei, auch eine gezogene Anweisung ausstellen könne, nicht abgewichen sei. Hiermit stimmt nun auch der Wortlaut des Gesetzes vom 7. Juni 1849 selbst überein. Handelt nämlich auch dieses Gesetz nach seiner Ueberschrift nur von kaufmännischen Anweisungen, so ist doch zugleich in §. 1. eine Definition gegeben, was unter kaufmännischen Anweisungen zu verstehen sei. Es heißt dort nämlich: „kaufmännische Anweisungen, d. i. solche Papiere, welche in ihrer Fassung als Anweisung bezeichnet und sonst in der §. 4. der deutschen Wechselordnung no. 2. bis 8. für Wechsel vorgeschriebenen Form ausgestellt sind."

In dieser Definition ist also zu Bestimmung des Begriffs einer kaufmännischen Anweisung alles nur

auf die Form gestellt, welche ein Papier haben müsse, um als eine kaufmännische Anweisung zu gelten, wogegen davon, daß derartige Anweisungen nur zwischen Handelsleuten und Fabrikanten ausgestellt werden könnten, in dem Gesetz nirgends die Rede ist. Daß das Letztere die Absicht gehabt habe, die Anweisungen auf den Handels- und Fabrikstand zu beschränken, läßt sich um so weniger annehmen, als es zugleich die kaufmännischen Anweisungen, soweit es nicht selbst etwas Abweichendes festsetzt, nach §. 1. den gezogenen Wechseln allenthalben gleichgestellt hat. Denn sollen hiernach alle von den gezogenen Wechseln geltenden Bestimmungen auch von den Anweisungen gelten, so muß davon ausgegangen werden, daß jeder dispositionsfähige Staatsbürger, wie er einen gezogenen Wechsel ausstellen kann, auch eine sogenannte kaufmännische Anweisung ausstellen könne, da eben in dieser Beziehung das Gesetz etwas Abweichendes nicht festgesetzt hat.

vgl. Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 1. S. 364 flg.

Auch würde es an sich mißlich und dem Credit der Anweisungen nachtheilig sein, wenn dem Indossator, an den eine solche Anweisung girirt wird, erst noch die Verpflichtung auferlegt werden sollte, darüber, ob der Aussteller und der Bezogene dem Handels- oder Fabrikstande angehöre, Erörterungen anzustellen, und sich dadurch zu vergewissern, daß die betreffende Anweisung, wenn sie auch sonst den nöthigen Erfordernissen entspricht, gesetzliche Geltung habe. Auf das früher in Sachsen hierunter geltende Recht läßt sich aber dabei schon um deswillen nicht recurriren, weil §. 8. des angezogenen Gesetzes alle bis dahin in Sachsen gültigen, die kaufmännischen Anweisungen betreffenden Gesetze, soweit sie nicht durch gedachtes Gesetz wiederholt worden, aufgehoben hat. Läßt sich daher der Ausdruck: „kaufmännische Anweisungen" nicht anders verstehen, als „Anweisungen von einer Form, wie sie unter Kaufleuten üblich ist und wie sie das Gesetz selbst näher normirt", so erscheint auch die obgedachte Einwendung des Beklagten als unbegründet. Ebensowenig erheblich ist aber auch dasjenige, was Beklagter in dem am 22. December 1853 abgehaltenen Verhörstermine nach Bl. — flg. dem Anspruch Klägers sonst noch entgegengestellt hat. Denn seine Behauptung, daß das Geschäft, aus welchem die fragliche Anweisung hervorgegangen, rückgängig gemacht worden und Kläger im Besitz der gedachten Anweisung nur deshalb geblieben sei, weil derselbe solche bei der die Aufhebung des erwähnten Geschäfts betreffenden Besprechung nicht bei sich gehabt habe, ist von dem Beklagten nicht liquid gemacht worden, und es läßt sich deren Richtigkeit aus den von dem Beklagten Bl. — vorgebrachten, vom Kläger zugestandenen Thatsachen, daß der Gegenstand des Handels ein Klavier gewesen und Kläger noch in dem Besitz des Letzteren sei, keineswegs ohne Weiteres folgern.

Geht nun ferner aus dem Bl. — in beglaubigter Abschrift anzutreffenden Protest hervor, daß der Bezogene die Bezahlung gedachter Anweisung wegen Mangel an Deckung verweigert hat, ist demnächst die Präsentation der gedachten Anweisung nach Inhalt des Protestes, dessen Erhebung übrigens, da der Beklagte dieselbe durch die der Anweisung beigefügten Worte „ohne Kosten" in Gemäßheit Art. 42. der allgemeinen deutschen Wechselordnung erlassen hatte, nicht einmal nothwendig war, rechtzeitig, nämlich am zweiten Tage nach dem Zahlungstage, erfolgt, hat auch weiter der Beklagte darauf, daß der Regreßanspruch des Klägers gegen ihn verjährt sei, sich nirgends berufen und geht auch, daß dieses in der That der Fall sei, um deswillen aus den Acten nicht liquid hervor, weil der Kläger, wie er in seiner Klage angegeben und wie auch aus dem Protest sich ergiebt, die Anweisung an H. & H. weiter begeben hatte, von diesen die gedachte, am 15. Mai 1853 zahlbare Anweisung am 17. desselben Monats dem Bezogenen präsentirt worden ist, H. & H. mithin nach Artikel 78. der deutschen Wechselordnung ihren Regreß gegen den Kläger, als ihren Vormann, bis zum 17. August 1853 nehmen konnten, Kläger selbst aber, wenn er erst etwa an diesem Tage oder den beiden vorhergehenden Tagen an H. & H. Zahlung leistete, seinen Regreß gegen Beklagten nach Artikel 79. der Wechselordnung wenigstens bis zum 15. November 1853 nehmen konnte und das erste Verhör zwischen den Parteien nach Bl. — an diesem Tage stattfand, so war Beklagter zugleich mit Rücksicht auf Art. 50. und 51. der deutschen Wechselordnung in Bezahlung der libellirten 50 Thaler nebst 1 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf. Protestspesen, gegen welche Letztere Beklagter eine Ausstellung nicht gemacht hat, sowie in Folge seiner Sachfälligkeit zu Erstattung der erwachsenen Proceßkosten zu verurtheilen.

Die Compensation der durch das eingewendete Rechtsmittel entstandenen Kosten rechtfertigt sich durch die Abänderung des Bescheids erster Instanz."

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 6 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 21.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 42.

### Querela non numeratae pecuniae — actio doli.

Mitgetheilt von
Herrn Act. B. in Z.

K. stellte auf Grund eines Documents wider seine von ihm geschiedene Ehefrau eine Klage auf Bezahlung eines Darlehns von 200 Thlrn. —·— nebst Zinsen an. Die Beklagte gestand zwar in der Einlassung zu, das fragliche Document unterschrieben zu haben, schützte aber gleichzeitig vor:

1) sie habe das der Klage zu Grunde liegende Schuldbekenntniß früher unterschrieben, ehe sie noch das darin erwähnte Darlehn von Klägerm ausgezahlt erhalten, auch habe sie das in der Urkunde verschriebene Darlehn niemals ausgezahlt bekommen, und

2) der diesfallsigen Anforderung Klägers liege eine Betrügerei zu Grunde: denn während sie mit dem Kläger, ihrem geschiedenen Ehemanne, im Scheidungsprocesse gelebt, sei eines Tages im Monat Mai 1850 Kläger in Begleitung eines Dritten zu ihr gekommen und habe ihr eine Urkunde mit der Erklärung zur Unterschrift vorgelegt,

> sie müsse solche unterschreiben, sonst könne sie nicht von ihrem Ehemanne geschieden werden.

Beklagte, welche zwar ihren Namen schreiben könne, übrigens aber des Schreibens und Lesens von Geschriebenem unkundig sei, habe darauf entgegnet:

> sie wisse ja gar nicht, was das zu bedeuten habe, sie verstehe nichts davon.

Kläger und dessen Begleiter hätten aber wiederholt,

> sie müsse unterschreiben, sonst werde sie nicht von ihrem Manne geschieden; sie solle nur unterschreiben; es sei Alles so recht; es sei ganz in der Ordnung; es habe nichts zu bedeuten.

Hierauf habe Beklagte mit den Worten:

> „Nun, wenn ich muß, so will ich unterschreiben, ich verstehe aber nichts davon",

die ihr vorgelegte Urkunde mit ihrem Namen unterzeichnet, und diese sei das der Klage zu Grunde liegende Document.

Der Gerichtsbescheid sprach im November 1851 die Verurtheilung der Beklagten aus und verwies dieselbe mit der Ausflucht des nicht erhaltenen Geldes in die Widerklage. Auf die hiergegen eingewendete Appellation der Beklagten, die sich dadurch beschwert fühlte, daß ihr blos die Ausführung der ebenerwähnten Ausflucht für die Widerklage vorbehalten und dieser Vorbehalt nicht zugleich auf die im Exceptionssatze unter 2. vorgeschützte exceptio doli specialis mit erstreckt worden sei, reformirte das Appellationsgericht zu Z. im Mai 1852 in der gewünschten Weise, und das Oberappellationsgericht bestätigte im Juli 1853 auf nochmalige Appellation der Beklagten, die sich hierbei auf ein in der Einlassung auf die unterdeß erhobene Widerklage abgelegtes und weiter unten zu erwähnendes Zugeständniß des Klägers, daß nämlich jenes Darlehn ihr nicht baar ausgezahlt worden sei, das Erkenntniß zweiter Instanz, indem es zugleich die Zweifel über die Zulässigkeit eines zweiten Rechtsmittels beseitigte und zeigte, daß im vorliegenden Executivproceß jenes Zugeständniß unberücksichtigt bleiben müsse und zur Verwerfung der Klage nicht führen könne.

Inzwischen war die Beklagte als Widerklägerin aufgetreten und hatte die im frühern Einlassungssatze erwähnten, auf den Eid gestellten Facta in die Widerklage fast wörtlich aufgenommen. Widerbeklagter leugnete im Wesentlichen den Klaginhalt, und gab den über das Anführen sub 1. angetragenen Eid

zurück, nahm dagegen den Eid über das sub 2. an, indem er gleichzeitig folgende Sachdarstellung in der Einlassung gab:

Widerklägerin habe während des zwischen ihnen schwebenden Scheidungsprocesses die Nutzungen des ihr gehörigen, nicht unbedeutenden Vermögens gezogen. Nach Abweisung der von der Widerklägerin erhobenen Scheidungsklage habe Widerbeklagter die Herausgabe dieser Nutzungen verlangt, und sich endlich mit jener dahin geeinigt, daß die Widerklägerin dem Widerbeklagten für diese Vermögensnutzung ein Vergleichsquantum von 200 Thlrn. —,— zu zahlen versprochen habe; da jedoch die Widerklägerin diese Summe nicht sofort baar habe leisten können und darum gebeten habe, sie ihr als Darlehn zu belassen, so sei er hierauf eingegangen und habe sich darüber das der Convention zu Grunde gelegte Document ausstellen lassen. Es sei somit zwar eine Baarzahlung des Darlehns nicht erfolgt, von der Widerklägerin aber eine bestehende Schuld als Darlehn übernommen worden.

Der hierauf am 3. Juli 1852 publicirte Gerichtsbescheid sprach sich nun dahin aus, daß, weil in der von Widerbeklagtem versuchten, der Klage widersprechenden Erzählung des auf den Eid gestellten Vorbringens lediglich ein Leugnen des Klaggrundes zu befinden und zugleich ein Zugeständniß des oben sub 1. erwähnten Anführens enthalten sei, und daraus, daß in der der Widerklage zu Grunde liegenden Schuldverschreibung von einem Darlehn von 200 Thlrn. —,— die Rede ist, während doch die Parteien darüber einverstanden sind, daß eine solche Summe der Widerklägerin von Widerbeklagtem in der That nicht ausgezahlt worden, keineswegs die Ungültigkeit des von der Widerklägerin ausgestellten Schuldbekenntnisses gefolgert werden darf, anerwogen der Empfang eines Darlehns auch dann bekannt werden kann, wenn dasselbe nicht in Geld, sondern durch Innelassung oder Gewährung von Geldeswerth gemacht worden ist, es lediglich auf den über das Anführen sub 2. angetragenen und angenommenen Eid ankomme, und machte von dessen Ableistung die Entbindung und Loszählung des Widerbeklagten von der Widerklage abhängig, wogegen er, wenn dieser Eid von Widerbeklagtem nicht geleistet werden würde, diesen der Hervorrufung und Benutzung des von der Widerklägerin behaupteten Irrthums und der Ueberredung für geständig und überführt hielt, und in dessen Folge in Restitution der 200 Thlr. —,— cum omni causa verurtheilte.

Die Widerklägerin appellirte hiergegen, das Appellationsgericht zu Z. aber bestätigte im April 1853 den Gerichtsbescheid, ohne in den Entscheidungsgründen etwas wesentlich Neues hinzuzufügen.

Auf nochmalige Appellation der Widerklägerin erkannte am 25. Juli 1853 das Oberappellationsgericht, daß es bei vorgedachtem Urthel nicht zu lassen, sondern es ist Widerbeklagter die von ihm vorgeschützte Ausflucht in sächsischer Frist, Widerklägerin der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung ꝛc. vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig ꝛc., und gab hierzu folgende Entscheidungsgründe:

„Daß Widerbeklagter, um von der erhobenen Klage entbunden zu werden, das fol. — vorgeschriebene delatum leisten müsse, außerdem aber, und wenn er dies nicht vermöchte, in der daselbst erkannten Maaße, für sachfällig zu achten sei, beruht durch die fol. — und fol. — ertheilten Entscheidungen, gegen welche Widerbeklagter nicht appellirt hat, in Betreff seiner in Rechtskraft. Die fol. — sub 2. enthaltene Ausführung bedarf daher gegenwärtig weiter keiner Prüfung, vielmehr fragt es sich nur im Bezug auf das wegen der in jener Klage sub 1. aufgestellten Behauptung von Widerbeklagtem fol. — abgelegte Geständniß, ob die der Convention zu Grunde gelegte Urkunde, wie Widerklägerin auch jetzt hervorhebt, bis zum Beweise der von Ersterem fol. — excipirten Vereinigung als entkräftet sich darstelle. Der in diesem Betrachte in den beiden vorigen Instanzen aufgestellten Ansicht, daß jene Frage zu verneinen sei, hat man gegenwärtig aus Nachstehendem nicht beizutreten vermocht.

Allerdings kann einer Urkunde, die gar keine causa debendi specialis, sondern blos das allgemeine Bekenntniß einer der Höhe nach bemerkten Schuld und ein diesfallsiges Zahlungsversprechen enthält, die exc. n. n. p. der Natur der Sache nach zulässiger Weise nicht opponirt werden, weil hier dieses den eigentlichen Klaggrund abgiebt und dabei das Geschäft selbst, auf dem solches beruht, nicht weiter in Frage kommt. Wenn aber wider den Aussteller aus einer Schuldverschreibung, in der auf ein bestimmtes Schuldverhältniß verwiesen worden, geklagt wird, ist das Fundament des Anspruchs lediglich das darin bezeichnete Geschäft, und die Urkunde steht dem Beklagten nur so lange entgegen, bis er dasselbe durch eine liquide Einrede zu beseitigen vermocht hat. Bei einem Documente dieser Art, welches als causa debendi einen Darlehnscontract angiebt, kann Beklagter in dieser Hinsicht die Ausflucht, daß ihm ein Darlehn nicht gezahlt worden und ein dergleichen Geschäft nicht zu Stande gekommen, geltend machen, obwohl er in Ersterem den Empfang des Geldes bekennt und der Einrede des nicht gezahlten Geldes

entſagt, indem dieſer Umſtand nicht geeignet iſt, der ganzen Urkunde vor Ablauf der geſetzlichen Friſt (Dec. 23. v. Jahre 1746) unbedingt Beweiskraft zu verſchaffen, vielmehr ſolche erſt durch ein vorher wiederholtes Anerkenntniß des Empfangs hergeſtellt ſein würde, wie das Oberappellationsgericht aus den in der

Zeitſchrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 4. S. 468. und im

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle vom Jahre 1852. S. 152.

angegebenen Gründen wiederholt ausgeſprochen hat.

In der vorliegenden Sache hat Kläger ſeinen Anſpruch auf die ſol. — in Abſchrift befindliche Obligation der Widerklägerin vom 27. Mai 1850 gegründet, in welcher dieſelbe bekennt, dem Widerbeklagten ein Darlehn von 200 Thlrn. —- —- zu ſchulden, und über den Empfang unter Entſagung aller Ausflüchte ausdrücklich quittirt, auch ſolches Capital zu Weihnachten 1850 ohne Kündigung zurückzuzahlen verſprochen hat. Nach dieſem Document beruht alſo ſein Forderungsrecht auf einem zum richtigen Abſchluß gediehenen Darlehne, und es ſoll ſolches als ein Beweismittel für dieſes mutuum und deſſen erfolgte Auszahlung dienen. Wenn nun Widerklägerin in der erhobenen Widerklage sub 1. zwar die Unterſchrift der Urkunde einräumt, aber behauptet, daß ſie ſolche früher geleiſtet, ehe ſie das Darlehn empfangen, und überhaupt leugnet, die verſchriebene Darlehnsſumme von Widerbeklagtem oder ſonſt Jemandem ausgezahlt erhalten zu haben, Widerbeklagter auch ſol. — (in der Einlaſſung) zugeben muß, daß eine Baarzahlung jenes Darlehns nicht erfolgt, ſondern eine ſchon beſtehende Schuld von Widerklägerin als Darlehn übernommen worden ſei, ſo iſt damit auch in rechtliche Gewißheit geſetzt, daß das Geſchäft in der Maaße, wie es die Urkunde darſtellt und wie es demnach unter den Parteien vor ſich gegangen ſein ſoll, nicht ſtattgefunden hat, ſondern das mehrgedachte Schuldbekenntniß in Folge einer andern Forderung Widerbeklagtens vollzogen und Widerbeklagtem übergeben worden ſein ſoll. Nach dieſen Zugeſtändniſſen kann daher daſſelbe ſeinem Inhalte zufolge, wie er gegenwärtig aufzufaſſen iſt, ohne Weiteres zur Beſcheinigung des in Frage befangenen Anſpruchs nicht für ausreichend erachtet werden. Denn die Eigenſchaft der Urkunde als Beweismittel für das darin ausgedrückte Darlehnsgeſchäft wird dadurch aufgehoben, und wenn daher derſelbe demungeachtet die Exiſtenz dieſes durch die Novation begründeten debiti behauptet, ſo muß er ſolche, eben weil ſie in der Urkunde nicht Beſtätigung findet, auf andere Weiſe als durch letztere darthun, und auf dieſen Beweis iſt daher gegenwärtig zu erkennen geweſen. Widerbeklagter kann deſſen dadurch, daß die Widerklägerin die Gültigkeit des der Executivklage untergelegten Documentes, außer aus der obigen, auch noch aus den sub 2. angeführten Thatſachen angefochten hat, nicht für überhoben geachtet werden, da der Widerklägerin die Ausführung der beiden Einreden in der Reconvention beſage der rechtskräftigen Entſcheidungen in der Convention ausdrücklich nachgelaſſen worden iſt und ſolche als unvereinbar ſich nicht darſtellen, wie denn auch jener Beweis mit dem im

Wochenblatt für merkw. Rechtsf., Jahrg. 1852. Seite 7.

abgedruckten Erkenntniß des Oberappellationsgerichts inſofern nicht in Widerſpruch tritt, als hierin nicht von einer Schuldverſchreibung gedachter Art, ſondern von einer ausgeſtellten Quittung die Rede und dieſe der erſtern nicht völlig gleichzuſtellen iſt. Denn eine ſolche Quittung enthält lediglich das Bekenntniß der bereits geleiſteten Zahlung; ſie ſoll ausſchließlich zum Beweismittel der ſchon erfolgten Befriedigung dienen und nach 30 Tagen gegen den Gläubiger darum unbedingte Geltung haben, weil derſelbe ſie als Zeichen des Erlöſchens des bisherigen Schuldverhältniſſes ausgeſtellt und hierauf während dem in des Schuldners Händen gelaſſen hat."

Auf die hiergegen eingewendete Appellation des Widerbeklagten ſtellte das Oberappellationsgericht in dem am 3. November 1853 publicirten Erkenntniß die Entſcheidungen erſter und zweiter Inſtanz wieder her und ſagte in den Entſcheidungsgründen:

„Bei nochmaliger Erwägung der Sache hat das Oberappellationsgericht die dem angefochtenen Erkenntniſſe zunächſt unterliegende Anſicht, daß das exceptiviſche Vorbringen der dermaligen Widerklägerin in der Conventionsſache unter 1. und 2. und die wörtlich damit übereinſtimmende Widerklage zwei verſchiedene Einreden enthalte, deren jede zu einem beſondern Beweiſe ſich eigne und zur Entbindung der Widerklägerin von der Convention führen könne, aufgeben zu müſſen geglaubt.

Sieht Man von dem Anführen unter 2. ganz ab und faßt das Vorbringen unter 1. für ſich allein in das Auge, ſo erſcheint letzteres allerdings als eine qu. n. n. p., welche im Weſentlichen jederzeit auf der Behauptung beruhen muß, daß der Ausſteller des Darlehnsdocuments mit der Gegenpartei einen Darlehnscontract abgeſchloſſen und in deſſen Folge

das Document vor Auszahlung des Darlehns in der Hoffnung, solches noch zu erhalten, ausgestellt und dem Darleiher ausgehändigt habe.

Glück, Erläut. der Pandecten, Theil 12. §. 786. pag. 100. und die dort angeführten Gesetze und Schriftsteller.

Die Behauptung der Widerklägerin, daß sie das Document früher unterschrieben, ehe sie noch das darin erwähnte Darlehn von Widerbeklagtem erhalten, weist auf einen zwischen den Parteien verabredeten Darlehnscontract hin, und Man würde hiernach an sich annehmen müssen, daß Widerklägerin das Document, mit dessen Inhalt bekannt, in Rücksicht auf einen zwischen ihr und Widerbeklagtem verabredeten Darlehnscontract unterschrieben und vor Empfang des Darlehns dem Widerbeklagten in der Voraussetzung, ersteres noch zu erhalten, ausgehändigt habe. Dieser zur Charakterisirung des Vorbringens unter 1. als einer qu. n. n. p. unentbehrlichen Annahme steht aber das Anführen unter 2. direct entgegen. Hiernach will Widerklägerin ein Darlehn von Widerbeklagtem gar nicht zu erhalten gehabt, die Urkunde gar nicht als eine Schuldverschreibung unterzeichnet und Widerbeklagtem ausgehändigt haben, sondern hierzu durch ein betrügerisches Vorgeben des Letzteren, ohne Kenntniß von dem Inhalt des Documents, veranlaßt worden sein. Durch die unter 2. über die Entstehung des Schuldbocuments bewirkte Angabe wird den oben unterstrichenen [gesperrt gedruckten] Worten die vorbezeichnete Bedeutung und hiermit zugleich dem ganzen Vorbringen unter 1. seine Geltung als einer qu. n. n. p. genommen. Vielmehr stellt sich nunmehr das Anführen unter 1. lediglich als die allgemeine, unter 2. näher ausgeführte Behauptung dar, daß Widerklägerin durch einen Betrug des Widerbeklagten zu Unterzeichnung und Ausantwortung des Documents an Widerbeklagten veranlaßt worden sei, und die ganze Widerklage ist als eine, im Wesentlichen auf dem Vorbringen unter 2. beruhende Klage (actio doli) anzusehen.

Daß das Anführen unter 1. einen selbstständigen, von dem Vorbringen unter 2. verschiedenen Klaggrund nicht enthalte, Beides vielmehr in Eins zusammenfalle, dafür gewähren auch noch die bedenklichen Consequenzen einen Beleg, zu denen man durch die gegentheilige Ansicht gelangt.

Das Anführen unter 2. hat Widerbeklagter geleugnet. Es ist hierzu in erster und zweiter Instanz auf das Delatum gesprochen und in dritter Instanz ausdrücklich anerkannt worden, daß nach diesem in Rechtskraft beruhenden Ausspruche Widerbeklagtens, um von der Widerklage entbunden zu werden, diesen Eid leisten müsse. Zu 1. hat Man in voriger Instanz in den betreffenden Auslassungen des Widerbeklagten ein Zugestehen der Klage mit beigefügter Ausflucht gefunden und auf Beweis der letztern erkannt. Obwohl dabei die Entscheidung darüber, ob es der Leistung des gedachten Eides künftig noch bedürfen werde, dem Enderkenntniß vorbehalten worden, so würde doch nur dann von dieser Eidesleistung als erfolglos haben abgesehen werden können, wenn der erkannte Ausflucht sbeweis mißlungen und in dessen Folge Widerbeklagter schon auf Grund der in dritter Instanz angenommenen Zugeständnisse zu verurtheilen gewesen wäre. Hätte dagegen Widerbeklagter das als Ausflucht angesehene und zum Beweise ausgesetzte Vorbringen auch noch so vollständig darzuthun vermocht, so würde er, wie in den Entscheidungsgründen (dritter Instanz) ausdrücklich anerkannt worden (und in Consequenz der Ansicht, daß die Widerklage zwei verschiedene Klaggründe enthalte, von denen einer verneint und durch das Delatum abzulehnen, der andere eingeräumt und durch den Beweis der beigefügten Ausflucht zu beseitigen sei, anerkannt werden mußte), dennoch, um zu einer Entbindung und Loszählung zu gelangen, das erkannte Delatum haben leisten müssen. Und doch würde Widerbeklagter durch den Beweis des Anführens zugleich dargethan haben, daß er nicht auf die in der Widerklage unter 2. behauptete Weise zu dem Documente gelangt sei, diesem vielmehr eine richtige, durch dessen Ausstellung und Aushändigung von der Widerklägerin wissentlich anerkannte Forderung zu Grunde liege. Der in voriger Instanz zum Klagpunkt unter 1 erkannte Ausflucht sbeweis würde zugleich seinem materiellen Inhalte nach dem Klagpunkte unter 2. gegenüber die Natur einer Gewissensvertretung annehmen, dennoch aber aus formellen Rücksichten Widerbeklagten von der Verbindlichkeit zu eidlicher Ablehnung des zweiten Klaggrundes nicht befreien können.

Nun ist zwar in voriger Instanz noch darauf hingewiesen worden, daß der Widerklägerin besage der rechtskräftigen Erkenntnisse in der Convention die Ausführung der beiden Einreden in der Reconvention ausdrücklich nachgelassen worden sei. Abgesehen aber davon, daß es sich bei der in der Conventionssache von Beklagter gegen den Gerichtsbescheid eingewendeten Appellation weniger um die Frage, ob das schon in erster Instanz in die Widerklage verwiesene Vorbringen unter 1. ein selbstständiges, von dem Anführen unter 2. verschiedenes Fundament enthalte, als darum handelte, ob das, auch nach der dermaligen Ansicht, als die wesentliche Unterlage der Widerklage anzuerkennende Vorbringen unter 2.

zur Verweisung in die Widerklage sich eigne, so ist überhaupt im Executivprocesse über die Schlüssigkeit illiquider Einreden nicht zu cognosciren und die Verweisung derselben in die Widerklage für die spätere Beurtheilung der letztern in der hier fraglichen Beziehung selbst dann nicht maaßgebend, wenn eine illiquide Einrede erst in der Oberinstanz auf Beklagter Appellation in die Widerklage verwiesen worden und die beigegebenen Entscheidungsgründe — über die dem Executivproceß angehörige Entscheidung hinausgehend — über die rechtliche Natur der vorgeschützten Einrede, deren Schlüssigkeit und wesentliche Bestandtheile sich aussprechen.

Ist nun, wie in Vorstehendem dargelegt worden, in dem Vorbringen unter 1. ein selbstständiger, von dem Anführen unter 2. verschiedener Klaggrund nicht enthalten, beruht vielmehr das wesentliche Fundament der als eine actio doli anzusehenden Widerklage lediglich in dem Anführen unter 2., so folgt von selbst, daß Widerbeklagter mit dem Beweise des Vorbringens fol. — zu verschonen und die in erster und zweiter Instanz gesprochene Entscheidung wieder herzustellen war. Denn zu dem Vorbringen unter 2. mangelt es an jedem Geständnisse des Widerbeklagten. Dem Vorbringen unter 2. gegenüber stellt sich das Anführen fol. — zweifellos als eine der verneinenden Einlassung beigefügte Erläuterung dar, und nur bei Auffassung des Anführens unter 1. als einer besondern neben der actio doli angestellten qu. u. n. p. konnte darin dieser gegenüber ein Geständniß des Klaggrundes mit beigefügter Exception gefunden werden. Auf eine nochmalige Prüfung der fol. — (in den Entscheidungsgründen dritter Instanz) dargelegten Grundsätze hat man sich unter diesen Umständen nicht einzulassen gehabt."

---

## 43.

**Dem Fiduciarerben steht kein Miteigenthum an den Erbschaftssachen zu. — Bleibt demselben nicht die ganze Trebellianische Quart übrig, so kann er die Erbschaftssachen retiniren, beziehentlich die Bestellung einer Caution wegen der Quart fordern.**

Mitgetheilt von

Herrn ꝛc. v. Z. in L.

Herr Rittmeister v. W. hatte in seinem Testamente seinen Bruder, den Obristlieutenant v. W., zum Erben eingesetzt und in einem diesem Testamente angefügten Codicille den Wunsch und die Bitte gegen diesen seinen eingesetzten Bruder und dessen Gemahlin ausgesprochen, daß sie, falls sie ohne Descendenz versterben sollten, dasjenige Vermögen, so sie resp. als Universalerbe oder als Legatar aus seinem dereinstigen Nachlasse erhalten würden, bei ihrem Ableben seiner Pflegetochter, L. verehel. Dr. H., zurückstellen, und somit nicht auf andere oder fremde Personen vererben oder verschenken möchten.

Im Jahre 1847 klagte Fr. L. verehel. Dr. H. vor dem Königl. Kreisamte zu L. unter Bezug auf diese testamentarische Verfügung und unter dem Anführen, daß der Obristlieutenant v. W. nach dem Tode seines Bruders (des Rittmeisters v. W.) dessen Nachlaß angetreten, späterhin unter Hinterlassung seiner Wittwe, welche sich des Nachlasses angemaaßt, gestorben und daß nach deren Tode, da beide Descendenz nicht hinterlassen, die Schwester der verw. Obristlieutenant v. W., die Freifrau v. D., in den Besitz der gesammten Erbschaft — zu welcher insbesondere das Rittergut P. gehöre — sich gesetzt habe, gegen diese Letztere auf Herausgabe des Nachlasses des verstorbenen Rittmeisters v. W. nebst Nutzungen, und erlangte, nachdem dieser Proceß alle möglichen Stadien und Instanzen durchlaufen hatte, am 18. Juli 1853 ein Erkenntniß des Inhalts:

> „daß Beklagte (Freifrau v. D.) den Nachlaß des am 2. September 1836 verstorbenen Rittmeisters v. W., soweit sie sich dieses Nachlasses angemaaßt, nebst den seit dem 12. März 1847 gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen, jedoch unter Abzug des Trebellianischen Viertels mittelst eines zu Recht beständigen Inventars, oder Specification, wie sie selbige eidlich zu erhärten im Stande, der Klägerin herauszugeben und abzutreten schuldig",

gegen welches ein Rechtsmittel nicht weiter zulässig war.

Auf dieses Erkenntniß gestützt, beantragte die Klägerin die Exmission der Beklagten aus dem Rittergute P., während die Beklagte gleichzeitig unter der Behauptung, daß ihr, da sie zum Abzug der Trebellianischen Quart berechtigt sei, ein Miteigenthumsrecht am Nachlasse zustünde, auf Theilung des genannten Rittergutes provocirte und Subhastation desselben beantragte, auch wegen ihrer Verwendungen in dem Nachlasse und Gegenforderungen an denselben ein Retentionsrecht an demselben zu haben behauptete.

Da die Klägerin unter Bestreitung, daß der Beklagten wegen ihrer Quart ein Miteigenthumsrecht an dem Rittergute P. zustehe, der beantragten Subhastation desselben widersprach, dem Königl. Kreisamt auch der Antrag auf Versteigerung des

Rittergutes P. und deſſen Zubehörungen „ohne Genehmigung der dabei mitbetheiligten Klägerin, zur Zeit, wo noch gar keine Ueberſicht der Verhältniſſe gewonnen und ein concreter Betrag des Trebellianiſchen Viertels, ſowie überhaupt ein Rechnungsabſchluß als Feſtſtellung der Forderung der Beklagten noch nicht reſp. ermittelt und aufgeſtellt ſei, rückſichtlich der Nachtheile, denen möglicherweiſe die Klägerin dadurch ausgeſetzt werden würde", als unſtatthaft erſchien, ſo wurde auf die Eventualappellation der Beklagten gegen Abſchlagung ihres Geſuchs Bericht an das Königl. Appellationsgericht zu L. erſtattet, und dieſes verordnete, unter Verwerfung der Appellation, an das Königl. Kreisamt, — „weil darüber, ob der Appellantin wegen des von ihr beanſpruchten Trebellianiſchen Viertels ein Miteigenthum an dem zu dem Nachlaſſe des Rittmeiſters v. W. gehörigen Rittergute P. zuſtehe, die in dem zwiſchen ihr und der verehel. Dr. H. über den beſagten Nachlaß verhandelten Proceſſe geſprochenen Erkenntniſſe eine ausdrückliche Dispoſition nicht enthielten, folglich das hieraus hergeleitete Befugniß der Appellantin, Behufs der Theilung des gedachten Grundſtücks deſſen Verſteigerung zu beantragen, noch keineswegs rechtlich feſtſtehe, die Klägerin dem Verlangen der Appellantin auch ausdrücklich widerſprochen habe, und es bei den hierunter in Frage kommenden Parteirechten der Sachlage unangemeſſen erſcheine, hierüber durch bloße Reſolution im Verordnungswege zu entſcheiden," — nach Anberaumung eines Inrotulationstermins in der Sache zu erkennen oder erkennen zu laſſen.

Gegen dieſe Verordnung remedirten beide Theile. —

Dem Antrag der Klägerin auf Ermiſſion der Beklagten war von dem Königl. Kreisamt zu L. unterdeſſen um deswillen, — „weil der Beklagten an dem Nachlaſſe das Trebellianiſche Viertel gebühre, dieſes nach ſeiner concreten Betragsſumme nicht conſtatirt ſei und deshalb der Beklagten an dem gedachten Rittergute ein Miteigenthum zuſtehe, und weil ſich die Beklagte als Fiduciarerbin im Civilbeſitze der fraglichen Verlaſſenſchaft des Herrn v. W. befinde und dieſelbe ſo lange, bis ſie wegen ihrer Quarta Trebelliana abgefunden ſei, ein Retentionsrecht habe, dieſe Abfindung aber noch nicht erfolgt, mithin Beklagte ſich nicht in mora befinde," — nicht Statt gegeben, vielmehr auf die eingewendete Eventualappellation Bericht erſtattet worden, und ordnete das Königl. Appellationsgericht zu L. in theilweiſer Beachtung der eingewendeten Appellation die Sequeſtration des Rittergutes P. unter Ermiſſion der Beklagten an.

Auch gegen dieſe Verordnung, welche von dem Königl. Appellationsgericht gleichzeitig mit der bereits oben mitgetheilten erlaſſen worden war, appellirten beide Theile und das Königl. Oberappellationsgericht entſchied auf alle dieſe gegen die beiden Verordnungen des Königl. Appellationsgerichts eingewendeten Appellationen:

„daß es bei der ſol. — erſichtlichen Verordnung vom —, inſoweit darin die Sequeſtration des Rittergutes P. verfügt worden, ingleichen bei der ſol. — anzutreffenden Verordnung von demſelben Tage, inſoweit darin die Anberaumung eines Inrotulationstermins und über die Frage, ob Beklagter an dem zum Nachlaſſe des Rittmeiſters v. W. gehörigen nurgenannten Rittergute ein Miteigenthum zuſtehe, rechtliches Erkenntniß angeordnet worden iſt, nicht zu laſſen, ſondern es iſt Klägerin gegen Beſtellung einer angemeſſenen Caution, zu welcher ſie ſich ſol. — erboten und bei welcher auf Deckung des der Beklagten zuſtehenden Trebellianiſchen Viertheils und der von ihr etwa nachzuweiſenden Meliorationskoſten das Abſehen zu richten iſt, in den Beſitz des Rittergutes einzuſetzen, als wodurch ſich deren ſol. — und ſol. — eingewendete Berufungen, ſowie ein Theil der von Beklagter ſol. — und ſol. — vorgebrachten Appellationsbeſchwerden erledigen, wogegen dieſe Rechtsmittel der Letzteren im Uebrigen als unerheblich zu verwerfen ſind."

Dieſer Verordnung waren nachſtehende Entſcheidungsgründe beigegeben:

„I.

Die Appellation der Klägerin ſol. — Vol. — und die der Beklagten ſol. — oj. Vol. — betreffend.

Auf das Geſuch der Klägerin, Beklagte aus dem Rittergute P. zu ermittiren, hat zwar die zweite Inſtanz in der erſten Verordnung vom — nicht gefügt, zugleich aber beſchloſſen, die Sequeſtration dieſes Gutes eintreten zu laſſen. Hiergegen hat nicht allein Klägerin ſelbſt ſol. — appellirt, ſondern auch Beklagte ſol. — ihre erſte Beſchwerde gerichtet und ſolche ſol. — weiter deducirt. Der Grund dieſer Anordnung ſoll nach ſol. — darin liegen, daß der Richter, wenn die Execution durch eingewendete Appellation aufgehalten wird, das geſetzliche Befugniß habe, eine Sicherſtellung des Klägers durch Sequeſtration des Fruchtgenuſſes zu verfügen, und es iſt dafür die l. 5. C. quor. appellat. non recipiuntur angezogen worden. Allein dieſe kaiſerliche Conſtitution, welche ſich aus der weiten Ausdehnung des römiſchen Reichs und der daraus entſtehenden

Verzögerung der Sachen erklären läßt, wie sie denn auch von Trier aus an den Proconsul von Afrika gerichtet ist, hat in Sachsen nur sehr beschränkte praktische Anwendung. Das Gesetz, die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen betreffend, vom 28. Februar 1838 enthält keine derartige Bestimmung, und das Gesetz, das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843 handelt zwar in §. 80. von der bei Hülfsvollstreckungen vorkommenden Sequestration, jedoch nur in dem Sinne, daß diese als Befriedigungsmittel von dem Gläubiger gewählt, nicht aber als Sicherungsmittel für die Zeit einer schwebenden Appellation angewendet werden kann.

Die Sequestration ist eine in die Besitzverhältnisse tief eingreifende, kostspielige und gewöhnlich für beide Theile nachtheilige Maaßregel, und daher nicht ohne dringende Nothwendigkeit oder unter Umständen, welche sie entschieden rechtfertigen, zu beschließen. Nun ist zwar in dieser Beziehung fol. — bemerkt, daß die Abwickelung des Rechnungswesens wegen der gezogenen Nutzungen, so lange Beklagte im Besitze von P. sei, nicht füglich erfolgen könne. Allein abgesehen von der factischen Beurtheilung dieser Bemerkung, welche hier dahin gestellt bleiben kann, so ist auch die Sequestration nicht der einzige Weg, diesem Nachtheil zu begegnen und dem Besitze der Beklagten ein Ziel zu setzen, wie sich aus Nachstehendem ergeben wird.

II.

Die Appellationen beider Parteien gegen die zweite fol. — Vol. — befindliche Verordnung betreffend.

Bereits fol. — hat Beklagte, unter dem Anführen, daß ihr ein Miteigenthum an dem Rittergute P. zustehe, und sie auf Theilung zu provociren berechtigt sei, auf Subhastation dieses Gutes angetragen und gegen die Abschlagung appellirt. Klägerin hat fol. — diesem Antrage widersprochen, und mit Recht haben beide vorige Instanzen demselben Statt zu geben Bedenken getragen, dabei aber auch die Executionsanträge der Klägerin theils zurückgewiesen, theils nur in abgeänderter Maaße bewilligt. Die erste Instanz hat dabei fol. — und — geltend gemacht, daß der Beklagten, als Fiduciarerbin, welche das Trebellianische Viertheil abzieht, ein Miteigenthum an der fraglichen Verlassenschaft, zu welcher das Gut P. gehört, und wenigstens auf so lange, bis sie wegen der Quarta Trebellianica abgefunden sei, ein Retentionsrecht zustehe. Die zweite Instanz hat aber diese Fragen für zweifelhaft genug geachtet, um durch rechtliches Erkenntniß zuvörderst darüber entscheiden zu lassen. Und hierdurch haben beide Theile, nämlich Klägerin fol. — und Beklagte fol. — unter 2. sich beschwert erachtet.

Soviel nun

1.

das behauptete Miteigenthum der Beklagten betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß ihr ein solches, nach den vorhandenen rechtskräftigen Erkenntnissen, nicht zugesprochen ist. Denn sie ist in die Abtretung des von W.'schen Nachlasses verurtheilt, und sie hat selbst fol. — und fol. — wiederholt zugestanden, daß dieser Nachlaß der Hauptsache nach und fast ausschließlich in dem mehrgenannten Rittergute bestehe. Nun ist ihr zwar zugleich das Recht zuerkannt, das Trebellianische Viertheil abzuziehen, und sie will daraus den Vortheil gewinnen, als Miterbin aufzutreten und zu Erlangung ihres Erbtheils die Erbtheilungsklage anzustellen, mit welcher sie zugleich das Recht, auf Veräußerung der einzelnen Nachlaßobjecte anzutragen, in Verbindung bringt. Allein dagegen ist Folgendes zu bemerken:

Alle die Gesetzstellen, welche Beklagte für ihre Behauptung anführt, namentlich l. 24. §. 1. und l. 40. D. famil. erciscund., welchen man noch l. 27. §. 11. D. ad Senatuscons. Trebellian. hinzufügen kann, handeln blos von dem Trebellianischen Senatsconsult und von dem Falle, wenn der Erbe, nach dem Willen des Testirers, einen Theil der Erbschaft an einen Fideicommißerben herausgeben soll. Da soll die actio familiae erciscundae Platz ergreifen. Diese Stellen sind Pandectenstellen und stammen aus der Zeit her, wo der Trebellianische Senatsschluß von dem Pegasianischen noch wesentlich verschieden war, und blos den Zweck hatte, daß auf den Fideicommißerben mit der Restitution des Nachlasses auch die active und passive Vertretung desselben (actiones hereditariae) übergingen. Hingegen der Abzug des Viertheils, welches dem directen Erben bleiben soll, wenn der Nachlaß durch ein Universalfideicommiß erschöpft ist, beruhte auf dem Pegasianischen Rathschlusse, und daß dieser Abzug vermittelst der Erbtheilungsklage hätte bewirkt werden können, ist in keinem Gesetze enthalten. Vielmehr verordnete Kaiser Justinian, daß der Fiduciarerbe, welchem nicht das ganze Viertheil übrig bleibt, sich deshalb des Retentionsrechts bedienen, oder dasjenige, was er aus Irrthum zu viel restituirt hat, mit der condictio indebiti zurückfordern könne.

§. 7. J. de fideicommiss. heredit.:

„Ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, retinere, vel repetere solutum.“

Damit ist demselben aber nicht ein Miteigenthum an den Erbschaftssachen selbst, sondern nur ein Forderungsrecht zugesprochen, daß ihm so viel, als das Viertheil beträgt, gewährt und gesichert werde. Gilt nun dieses von dem Fiduciarerben, welcher nach dem Willen des Testirers erbt, so muß es um so viel mehr von einer Fremden gelten, welche blos Intestaterbin des zweiten Fiduciarerben ist, und unter denjenigen Personen sich befindet, welche von dem Testirer ausdrücklich von der Succession in seinen Nachlaß ausgeschlossen wurden. Etwas Anderes ist es mit der Quarta D. Pii, von welcher l. 2. §. 1. D. famil. erciscund. handelt. Denn der arrogirte Sohn, welcher sie zu fordern hat, ist der wirkliche Erbe seines Adoptivvaters, und kann diese Quarta als einen Pflichttheil beanspruchen. Auch befindet er sich nicht im Besitze, wie ein Fiduciarerbe, so daß er sich durch Abzug und Innebehaltung des ihm gebührenden Theils Befriedigung verschaffen könnte.

Nach allem diesem ist keine ausreichende Veranlassung vorhanden, in die condemnatorischen Entscheidungen fol. — eine Beschränkung zu legen, welche nicht darin enthalten ist, und die Wirkung derselben in den wesentlichsten Beziehungen wieder aufheben würde.

2.

Das schon erwähnte Retentionsrecht hingegen kann sich nur auf connere Forderungen beziehen, nämlich auf das der Beklagten zukommende Trebellianische Viertheil und auf den nachweislichen Meliorationsaufwand, wodurch sie das Gut etwa verbessert hat, dergleichen in der Beilage ⊙. vom — fol. — beiläufig erwähnt ist. Auch erledigt es sich, wenn genügende Caution bestellt wird, und zu dieser hat Klägerin fol. —, indem sie eine Cautionshypothek offerirt, sich bereit erklärt. Dieses Auskunftsmittel erachten die Rechte für angemessen, damit nicht dem zur Abtretung einer Sache verurtheilten Besitzer Gelegenheit gegeben werde, durch Aufstellung verschiedener unbegründeter, illiquider, oder mit dem Umfange und Werthe des Hauptgegenstandes in keinem Verhältnisse stehender Gegenforderungen sich noch auf lange Zeit seiner Verpflichtung zu entziehen.

arg. l. ult. C. de compensat.

l. 5. D. de statu liberis.

Pufendorf, T. II. obs. 130.

Voet, comment. ad Pand., Vol. I. Lib. 16. Tit. 2. §. 21.

Mevius, P. III. decis. 368.

Hommel, obs. 200. No. 3.

Glück, Comment., Bd. 15. §. 937. S. 124.

Daher ist in dieser Maaße zu entscheiden, jedoch die Bestimmung der Höhe der zu leistenden Caution der ersten Instanz zu überlassen gewesen."

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 4. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 16. Decret wegen Bestätigung der Statuten des Vereins zur Verbreitung guter und wohlfeiler Volksschriften in Zwickau; vom 13. Februar 1854. No. 17. Verordnung zu Bekanntmachung der mit der Kaiserlich Oesterreichischen Regierung getroffenen Uebereinkunft wegen der gegenseitigen Behandlung von Concursfällen; vom 18. Februar 1854. No. 18. Verordnung, die mit verschiedenen auswärtigen Regierungen getroffene Uebereinkunft über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe ꝛc. betreffend; vom 18. Februar 1854. No. 19. Decret wegen Bestätigung der Statuten der Sparcassenanstalt für Ober- und Unterwiesenthal; vom 27. Januar 1854. No. 20. Verordnung, den Beitritt der Großherzoglich Baden'schen Regierung zu dem Staatsvertrage vom 15. Juli 1851 betreffend; vom 28. Februar 1854. No. 21. Decret wegen Bestätigung der Sparcassenordnung für Lunzenau; vom 26. Januar 1854. No. 22. Verordnung zu Publication des wegen gegenseitiger Auslieferung von Verbrechern auf dem deutschen Bundesgebiete unter dem 26. Januar 1854 gefaßten Bundesbeschlusses; vom 27. Februar 1854. No. 23. Verordnung, das Zoll- und Revisionsverfahren auf der Elbe betreffend; vom 10. März 1854. No. 24. Verordnung wegen Benachrichtigung der Oberlausitzer landständischen Bank und des erbländischen ritterschaftlichen Creditvereins von Besitzveränderungen und Zwangsversteigerungen; vom 6. März 1854. No. 25. Verordnung, den wegen Fortdauer des Anschlusses des Großherzogthums Luxemburg an das Zollsystem Preußens und der übrigen Staaten des Zollvereins abgeschlossenen Vertrag betreffend; vom 10. März 1854 No. 26. Verordnung, die Beaufsichtigung der Leihbibliotheken und ähnlicher Leseinstitute betreffend; vom 8. März 1854. No. 27. Verordnung, die Ausstellung der Confirmationsscheine betreffend; vom 16. März 1854. No. 28. Verordnung, die Planlegung bei Grundstückenzusammenlegungen betreffend; vom 21. März 1854. — Letzte Absendung: am 6. April 1854.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 22.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 44.

**Rechtsgrundsätze über apanagia, paragia, Familienobservanzen, Familienfideicommisse, und den Gerichtsstand der Mitglieder der Nebenlinien eines regierenden Hauses in ihren Rechtsstreitigkeiten unter einander.**

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

Da aus den in der betreffenden Rechtssache ergangenen Erkenntnissen, von denen das erste und zweite das Suchen der Kläger in der angebrachten Maaße für unstatthaft erachtete, wogegen in dritter und vierter Instanz eine bedingte Verurtheilung des Beklagten, des dermaligen Senior der Familie der Grafen und Edlen zur Lippe-Biesterfeld-Weißenfeld, in Gewährung des klägerischer Seits verlangten Antheils einer Jahresrente erfolgte — und den denselben beigegebenen ausführlichen Entscheidungsgründen die einschlagenden factischen und rechtlichen Momente genügend beurtheilt werden können, so enthält sich der Einsender der Vorausschickung einer umständlichen Relation über den Rechtsfall selbst.

Dem ersten vom Spruchcollegium zu Leipzig eingeholten Urthel waren folgende Gründe beigefügt:

„Beklagter setzt der Klage auf gleichmäßige Vertheilung des der Descendenz des Grafen Ferdinand Johann Ludwig zur Lippe laut Vertrages vom 22. u. 24. / 26. Mai 1762. Bl. — zukommenden Apanagii von 5000 Thlrn. —‧ —‧ Bl. —

A.

die Ausflucht des incompetenten Gerichtsstandes entgegen und bezieht sich diesfalls auf Art. XIV. der deutschen Bundesacte und ein ihm darnach zuständiges Recht, nur einem Austrägalgerichtshofe unterworfen zu sein.

In dieser letztern Beziehung kann dem Beklagten nicht beigepflichtet werden.

Zunächst handelt es sich darum, welche persönlichen Eigenschaften den Parteien als Mitgliedern der Familie Lippe-Weißenfeld-Biesterfeld zustehen.

Die Kläger bestreiten Bl. — die Anwendbarkeit des Art. 14. der Bundesacte, weil die Linie Lippe-Weißenfeld bereits im Jahre 1806 nicht mehr reichsunmittelbar gewesen, beziehen sich diesfalls auf

Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 533 ff.,

wo die heutigen Mediatisirten verzeichnet worden, und schließen, daß die Grafen zur Lippe-Weißenfeld, weil sie unter diesen nicht aufgeführt seien, schon vor 1806 mediatisirt worden sein müßten.

Daß bei dieser Argumentation eine Verwechselung der Begriffe „der Mediatisirten" und der Souveraine und ihrer Familien untergelaufen, würden die Kläger aus eben jenem Schriftsteller

a. a. O. §. 153. und not. k.

entnehmen können, indem die Grafen zur Lippe-Biesterfeld und zur Lippe-Biesterfeld-Weißenfeld Nebenlinien des souverainen Hauses Lippe-Detmold bilden.

Wenn nun auch manche Rechtslehrer

Zachariä, über den Gerichtsstand der apanagirten Mitglieder der deutschen regierenden Häuser, im Archiv für civil. Praxis, Bd. I. S. 96 ff.

den Mitgliedern solcher apanagirten Nebenlinien das Vorrecht der Austräge zubilligen, so hat sich doch die Bundespraxis dahin entschieden, daß das im Art. 11. der Bundesacte geordnete Austrägalverfahren

sich nur auf die eigentlichen Bundesglieder unter sich bezieht und auf apanagirte Nebenlinien nicht Anwendung leidet,

Würtemberg. Votum in dem Prot. der Bundesversamml. vom 22. Mai 1817. §. 189.

Badisches Votum ibid. §. 196.

Großherzogl. Hessisches Votum ibid. §. 214. no. 2.

Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes, ed. IV. §. 249. not. f. S. 350. 351.

wogegen ihnen das Recht auf Familienausträge, wo solche geordnet sind, unbedingt zugesprochen wird.

Maurenbrecher, a. a. O. §. 120. not. d.

Klüber, a. a. O. S. 350.

Linde, Lehrb. des deutschen gem. Proc., §. 97. not. 10.

Liegen aber nun diesfallsige Bestimmungen nicht vor, so sind Streitigkeiten solcher apanagirter Mitglieder souverainer Häuser in der Regel vor dem ordentlichen Forum des Beklagten zu entscheiden,

Klüber, a. a. O.

und es wird im vorliegenden Falle, abgesehen davon, inwiefern die gegenwärtige Differenz nach Befinden der unmittelbaren Cognition des Familienhauptes unterstellt werden können,

Maurenbrecher, a. a. O. §. 245. ad 2. a. S. 475.

Beklagter sich um so weniger entbrechen können, sein ordentliches Forum im Königreiche Sachsen als competent anzuerkennen, als er die exceptio fori incompetentis im Termine nach Bl. — nicht vorgebracht, vielmehr, daß er zum Verfahren verwiesen worden, zugelassen, und somit, wenn selbst an sich ein Zweifel obwalten könnte, compromißweise das von Klägern gewählte Forum als competent anerkannt hat.

Uebrigens ist zu bemerken, daß es ungeachtet der oben entwickelten Auffassung der Stellung der Parteien unbedenklich erschienen, ohne Weiteres eine Entscheidung in der Sache zu ertheilen, da die Rescripte vom 9. Januar und vom 11. August 1813 (III. C. C. A. I. S. 269. 278.) offenbar im vorliegenden Falle nicht einschlagen und auch die Bestimmung der Verordnung vom 28. März 1835. §. 12. sub 1. b. nicht hindernd im Wege steht, indem es an sich nicht zweifelhaft ist, daß Beklagter in hiesigen Landen ein wohlbegründetes Forum hat.

Konnte demnach die exceptio fori incompetentis nicht als begründet erachtet werden, und war folglich auf das Materielle der Sache einzugehen, so stellt sich dennoch die Klage

B.

als zu allgemein, als dunkel und unschlüssig dar.

Sie enthält im Wesentlichen folgende Sätze:

1.

Durch Familienvertrag vom $\frac{22.\text{ u. }24.}{26.}$ Mai 1762 sei der jüngsten, damals von Ferdinand Johann Ludwig Reichsgrafen und edlen Herrn zur Lippe-Biesterfeld repräsentirten Lippe-Detmold'schen Linie eine Apanage von jährlich 5000 Thalern —,— ausgesetzt worden.

(Klagbeifuge sub A.)

2.

Durch Testament vom 2. und 3. Juni 1772 des ernannten Ferdinand Johann Ludwig, welches auch von den damals lebenden drei Söhnen: Friedrich Ludwig, Karl Christian und Ludwig August Ernst, unter denselben Tagen, nachdem ihnen solches von ihrem Vater mitgetheilt worden, für sich und ihre Erben und Nachkommen ausdrücklich anerkannt worden,

(Klagbeifuge sub B. und C.)

habe gedachter Ferdinand Johann Ludwig eine solche Disposition getroffen, daß nach verschiedenen Todes- und Verheirathungsfällen jene Apanage in zwei ungleiche Theile getheilt worden sei, von denen einen an 2750 Thlr. —,— Friedrich Ludwig, den anderen an 2250 Thlr. —,— Karl Christian bezogen.

3.

Es sei diese Disposition schon dem Wortlaute nach eine rein persönliche Begünstigung des Grafen Friedrich Ludwig gewesen, und daher mit dessen am 17. März 1791 erfolgten Tode dergestalt erloschen, daß nunmehr nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Theilung jener Apanage in zwei gleiche Hälften, die eine für dessen Nachkommen, die andere für den Grafen Karl Christian, nothwendig gewesen.

4.

Nichtsdestoweniger habe die Vertheilung bis jetzt nur nach der ad 2. bemerkten Norm stattgefunden.

5.

Es sei aber auf Kläger, als Enkel des am 5. April 1808 verstorbenen Grafen Karl Christian, und Söhne des am 14. Januar 1841 verstorbenen Grafen Herrmann, das Recht auf die Hälfte jener Apanage übergegangen.

6.

Kläger hätten sich demnach an die Fürstlich Lippe-Detmold'sche Rentkammer mit einem dahin abzielenden Gesuche gewendet, es sei jedoch vermöge der Klagbeifuge sub D. d. d. 2. August 1850 eine Einmischung in diese Vertheilung abgelehnt und bemerkt worden, daß die Apanage der 5000 Thlr. —,— laut testamentarischer Bestimmung in solle an

den Senior der Linie, den Beklagten, abgeliefert worden.

7.

Da somit Beklagtem nach der letztwilligen Bestimmung des Stifters der Weißenfelder Linie und dem Herkommen gemäß als deren Senior die Berechtigung und Verpflichtung obliege, jene Apanage bei der Fürstlich Lippe'schen Renterei zu erheben, und unter die einzelnen apanageberechtigten Mitglieder seiner Linie verfassungsmäßig zu vertheilen, so sähen sich Kläger genöthigt, gegen ihn wegen gleichmäßiger Vertheilung dieser Apanage Klage zu erheben, und bäten um demgemäße Verurtheilung desselben.

Die Dunkelheit, welche bei der Position sub 2. stattfindet, wird zwar durch das Zugeständniß des Beklagten ad pct. lit. cont. 59. Bl. — insofern gehoben, als nach letzterem das Factum, daß schließlich Graf Friedrich Ludwig 2250 Thlr. —ˢ —ˢ und Graf Karl Christian 2250 Thlr. —ˢ —ˢ Antheil an jener Gesammtsumme der 5000 Thaler bezogen, feststeht; allein hierdurch wird die Ungewißheit, welche bei diesem Punkte augenfällig obwaltet, noch keineswegs beseitigt, indem es offenbar von dem wesentlichsten Einflusse ist, wie diese Substitutionen in Kraft getreten sind, da, selbst angenommen, es sei an sich die Rechtsansicht, wie solche sub 3. ausgesprochen, die richtige, der dem Grafen Karl Christian bei dem Ableben seines Vaters gebührende Antheil ein weit geringerer gewesen, als der ist, in dessen Genuß er durch das Testament schließlich eingesetzt worden.

Ebenso liegt auf der Hand, daß zwischen den Positionen sub 6. und 7. keine derartige Verbindung stattfindet, daß das Petitum ad 7. sich als logische Folgerung der Thatsachen unter 6. darstellt.

Es kann sich demnach lediglich darum handeln, ob ein solcher Zusammenhang zwischen den Positionen unter 2. und 3. 5. und 7. vorhanden ist.

Zunächst ist in Betreff der Rechtsgrundsätze, nach welchen die einschlagenden Fragen zu beurtheilen sind, zu bemerken, daß auf derartige Apanagestreitigkeiten an sich das Privatfürstenrecht Anwendung leidet, daß jedoch in diesem Punkte das allgemeine Civilrecht die Grundlage bildet, und nur theils in Betreff der Quellen privatfürstenrechtliche Grundsätze

vergl. Maurenbrecher, a. a. O. §. 229.

einschlagen, theils einige materielle lediglich diesem Rechtsgebiete eigenthümliche Grundsätze Platz ergreifen, für deren Anwendung jedoch im vorliegenden Falle keine Veranlassung vorliegt.

Maurenbrecher, a. a. O. §. 235.

In ersterer Beziehung ist darauf hinzuweisen, daß den apanagirten Mitgliedern souverainer Häuser das Recht der Autonomie zusteht,

Maurenbrecher, a. a. O. §. 228. sub 2. jct. §. 133.

daß zu solchen autonomischen Satzungen auch Familienverträge und letztwillige Dispositionen gezählt werden,

Maurenbrecher, a. a. O. §. 229. sub 1.

und daß auch Familienobservanzen hierher gehören, welche nach den über das Herkommen geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen.

Maurenbrecher, a. a. O. §. 229. sub 2.

Hieraus folgt,

ad 2.

daß das Testament vom 2./3. Juni 1772 an sich geeignet war, in Betreff der Vertheilung der Apanage eine Norm für die Erben des Testators abzugeben, daß aber diese Norm um so sicherer erlangt ist, als der Testator sich die Beobachtung seiner Disposition Seiten seiner Söhne durch einen von ihnen für sich und ihre Erben und Nachkommen genehmigten Vertrag gesichert hat, welcher, zumal es sich um eine Quote handelt, als wirklicher Erbvertrag angesehen werden muß.

ad 3.

Dafür, daß diese Disposition nur so lange Geltung haben sollen, als der bevorzugte Erstgeborne lebe, enthält an sich das Testament ein Anhalten nicht, vielmehr sprechen die Worte der Declaration vom 2./3. Juni 1772 (Klagbeifuge C.)

„für sich und ihre Erben und Nachkommen",

dafür, daß die bemerkte Disposition nicht blos auf die Lebensdauer der nächsten Testamentserben beschränkt sein sollen, sondern daß ihre Geltung für alle künftigen Apanageberechtigten beabsichtigt gewesen. Es können aber auch die Kläger in diesem Processe, selbst wenn sie im Stande wären, bei besserer Begründung der Klage eine andere Absicht des Testators nachzuweisen, um so weniger eine Verurtheilung des Beklagten erlangen, als sie gänzlich unterlassen haben, dasjenige Material vorzutragen, welches erforderlich wäre, die Grundsätze der Vertheilung für den Fall zu ordnen, daß von jenem Testamente gänzlich abgesehen werden könnte.

Letzteres ist aber um so weniger zulässig, als sie sich

ad 5.

darauf, daß sie Leibeserben eines der Söhne des Testators sind, beziehen, und demnach im Zweifel und insofern sie nicht im Stande, einen Ausnahmegrund nachzuweisen, wofür es jedoch in der Klage an jedem Anhalten gebricht, verpflichtet erscheinen, die Erklärungen ihres Erblassers anzuerkennen.

Endlich kommt hierzu, daß Kläger
ad 7.
sich auf eben dieses Testament ausdrücklich zu Begründung der Klage beziehen, gleichzeitig aber die Geltung des Herkommens anerkennen, und nun durch letzteres, und da seit dem ad 3. erwähnten Todesfalle mehr als die Verjährungsfrist verflossen, während des ganzen Zeitraums aber die Vertheilung der Apanage so erfolgt ist, wie solches nach dem ad 2. Bemerkten geordnet gewesen, nach den diesfalls geltenden civilrechtlichen Grundsätzen

Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom 6. August 1836. Nr. 1. (Gesetz- und Verordn.-Bl. v. 1836. S. 270.)

ein Gewohnheitsrecht im Zweifel begründet sein würde, welches für den Beklagten eine selbstständige Exception hervorrufen müßte.

Nach dem Allen konnte die Klage als schlüssig nicht geachtet werden, vielmehr macht sich deren Abweisung in der angebrachten Maaße erforderlich.

Inzwischen erschien es sachgemäß, da ein Theil der einschlagenden Fragen als völlig zweifelsfrei nicht geachtet werden können und dieselben minder häufig, als andere, rechtlicher Beurtheilung unterliegen, die Proceßkosten zwischen den Parteien zu compensiren."

Gegen dieses am 6. Mai 1851 publicirte Urthel wurde von beiden Theilen appellirt, es erfolgte jedoch unterm 3. November ej. ai. eine confirmatorische Entscheidung des Königl. Appellationsgerichts zu Budissin, dem folgende Gründe beigefügt waren:

„Demjenigen, was in den Gründen der vorigen Instanz in Bezug auf die Competenz des Gerichtsstandes ausgeführt worden ist, hat man auch gegenwärtig beizupflichten und zur Widerlegung des Beklagten nur Folgendes noch beizufügen gehabt:

Was Beklagter Bl. — über die historische Entstehung und Entwickelung der Austräge vor der Einführung der deutschen Bundesverfassung angeführt hat, kommt bei Beantwortung der Frage, ob gegenwärtig die Mitglieder der Nebenlinie eines souverainen Hauses in Deutschland bei Streitigkeiten unter einander an die Entscheidung einer Austrägalinstanz gebunden, oder doch mindestens berechtigt seien, die Bestellung eines Austrägalgerichtes zu diesem Behufe zu verlangen, weniger in Betracht, als ob nach der jetzt bestehenden Bundesverfassung den gedachten Personen das Recht auf diese Austrägalentscheidung zustehe.

Nach der Bestimmung in Artikel 11. der Bundesacte sind aber lediglich die Bundesglieder verpflichtet, ihre Streitigkeiten bei der Bundesversammlung anzubringen, welche sodann eine Austrägalinstanz zu bestellen hat; während der Nebenlinien der zum deutschen Bunde gehörigen souverainen Häuser keine ausdrückliche Erwähnung geschieht. Würde nun auch hieraus noch nicht unbedingt folgen, daß denselben das Recht auf Austräge, insoweit es ihnen vordem zuzubilligen gewesen, entzogen werden sollen, so hat sich doch, wie

Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes, §. 249. S. 350 f. §. 172. n. d. S. 210.

nachgewiesen, die Bundespraxis dahin entschieden, daß sie in ihren Rechtsangelegenheiten vor dem ordentlichen Gerichtsstande des Beklagten Recht zu nehmen haben.

Dazu kommt, daß mindestens eine derartige Prohibitivbestimmung, nach welcher es den Mitgliedern der Nebenlinie eines regierenden Hauses untersagt wäre, sich in ihren Rechtsstreitigkeiten unter einander dem ordentlichen Richter ihres Wohnortes zu unterwerfen und somit eine freiwillige Erstreckung der Gerichtsbarkeit eintreten zu lassen, nicht vorliegt; daß aber eine stillschweigende Prorogation des Gerichtsstandes allerdings darin gefunden werden muß, wenn der Beklagte der Ladung eines incompetenten Richters Folge leistet und ohne Widerspruch oder Vorbehalt im ersten Termine erscheint, mit dem Kläger vor diesem Richter verhandelt und hierdurch factisch dessen Competenz für den vorliegenden Proceß anerkennt.

Bicner, syst. proc., §. 68.

Osterloh, bürgerl. Proceß, §. 132. S. 168. Bd. 1. n. 6.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, 1842. S. 380.

Hiernächst mußte aber, die Competenz des Proceßgerichts vorausgesetzt, die Frage entstehen, ob der dermalige Anspruch der Kläger gegen den jetzigen Beklagten geltend gemacht werden könne, oder ob nicht vielmehr der letztere in Ansehung aller derjenigen Personen, welche außer ihm selbst im Genusse der bezüglichen Rente stehen, nur als ein zur Auszahlung derselben bestellter Mandatar zu betrachten, demzufolge aber auch weiter anzunehmen sei, daß eine wider diesen ertheilte Entscheidung den übrigen, bei vorliegendem Processe nicht mit betheiligten Personen gar nicht würde präjudiciren können? Allein, nach der übereinstimmenden Erklärung beider Theile Bl. — p. l. c. 97. 99. ist der Beklagte als Senior der betreffenden Linie durch letztwillige Disposition des Stifters nicht allein verpflichtet, sondern auch berechtigt, den Gesammtbetrag der dieser Linie zukommenden Jahresrente bei der Fürstlich Lippe-Detmold'schen Rentkammer zu erheben und unter

die percipirenden Familienglieder zu vertheilen. In dieſer durch letztwillige Verfügung begründeten Stellung ſind die Befugniſſe und Verpflichtungen des Beklagten anderer und umfänglicherer Natur, als die eines gewöhnlichen Mandatars, welchem der ertheilte Auftrag jederzeit wieder abgenommen werden kann und der ſich ſtreng an die Ausführung der vom Mandanten erhaltenen Anweiſung zu binden hat. Entſtehen alſo über die Modalität der Vertheilung der ſtreitigen Rente, wie ſolche von dem Senior der Linie erfolgt, zwiſchen letzterem und einzelnen Percipienten rechtliche Zweifel und Differenzen, welche anders als im Wege der Entſcheidung nicht beſeitigt werden können, ſo iſt ein desfalls zwiſchen dem erſteren und letzteren allein zu führender Proceß keineswegs ausgeſchloſſen, obwohl ſich deshalb noch nicht ſo ohne Weiteres behaupten läßt, daß der Ausgang deſſelben auch für diejenigen Betheiligten, welche dabei nicht gehört worden ſind, unbedingt bindend ſein müſſe.

Stand von dieſer Seite her der formellen Statthaftigkeit der gegenwärtigrn Klage kein entſchiedenes Bedenken entgegen, ſo vermag auch das Appellationsgericht den ſonſtigen, gegen die Schlüſſigkeit derſelben ſowohl von dem Beklagten als den Verfaſſern des vorigen Erkenntniſſes erhobenen Bedenken wenigſtens nicht allenthalben beizutreten.

Der Anſicht des Beklagten, daß der in Frage befangenen Jahresrente die Eigenſchaft einer Apanage oder eines Familienfideicommiſſes abzuſprechen ſei, hat zuvörderſt nicht beigepflichtet werden können. Maaßgebend für die Beantwortung dieſer Frage iſt der zwiſchen den damals regierenden Grafen Simon Auguſt zur Lippe einerſeits und den aus der jüngeren Linie ſtammenden Gebrüdern Friedrich Karl Auguſt und Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe andererſeits unterm 24. Mai 1762 abgeſchloſſene Primogeniturvertrag, welchen beide Theile (vergl. p. l. c. 49. Bl. —) als ein noch jetzt rechtsbeſtändiges Fundamental-, Landes- und Hausgeſetz für alle Nachkommen der Gräflich Lippe'ſchen Familie anerkennen. Der ausdrückliche Inhalt der hierüber aufgenommenen Urkunde Bl. — beſagt nun aber, daß die Gebrüder Friedrich Karl Auguſt und Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe die bisher nicht unbeſtritten verbliebene Primogenitur in dem Gräflich Lippe'ſchen Hauſe ausdrücklich (§. 5.) anerkennen und dem regierenden Grafen Simon Auguſt für ſich und ſeine Nachfolger die ſämmtlichen §. 1. gedachten Beſitzungen, Rechte und Gerechtigkeiten, Renten und Gefälle unter Verzicht auf alle Anſprüche und Prätenſionen an das regierende Haus, aber gegen Zuſicherung einer ſichern jährlichen Rente abtreten, welche nach dem §. 3. näher angegebenen Betrage und den daſelbſt beſtimmten Antheilen den Gebrüdern Friedrich Karl Auguſt und Ferdinand Johann Ludwig für ſich und ihre männliche Deſcendenz zugeſagt worden iſt, nach der Beſtimmung §. 5. Bl. — aber an das regierende Haus zurückfällt, wenn die eheliche männliche Deſcendenz in dieſen beiden Nebenlinien völlig ausgeſtorben ſein ſollte. Hiernach läßt ſich nun aber nicht bezweifeln, daß eben dieſe Jahresrenten, welche in dem Vertrage an mehreren Stellen als Revenuen der Mitglieder der jüngeren Linien bezeichnet werden, als ein Abfindungsquantum für das Anerkenntniß der Primogenitur und der daraus fließenden Berechtigungen, welches gleichzeitig zum ſtandesmäßigen Unterhalte der Percipienten für alle Zukunft dienen ſollte, zu betrachten ſei. Eben hierin beſteht aber das Weſentliche der Apanage und des paragii, welche durch den Grundſatz der Untheilbarkeit bei der Succeſſion des hohen Adels und der ſouverainen Häuſer entſtanden ſind, und die Abfindungsquote bezeichnen, welche den nachgebornen Kindern deshalb gewährt werden mußte, weil ſie nicht mit ſuccediren konnten.

vergl. Mittermaier, deutſches Privatrecht, ed. n. §. 451. S. 1033.

Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 451.

Klüber, l. c. §. 250.

Namentlich iſt auch die bereits erwähnte Beſtimmung dem Inſtitute des paragii und der Apanage eigenthümlich, daß ſolche nach dem Ausſterben der nachgeborenen Linie wieder anheim fallen. Daß eine Apanage im weiteren Sinne des Wortes ebenſowohl in gewiſſen unbeweglichen Gütern, deren Nutznießung den apanagirten Familiengliedern überwieſen wird, als in gewiſſen Jahresgeldern beſtehen kann, welche aus Staatscaſſen gewährt oder auf Grundſtücke gelegt werden, iſt ebenfalls nicht zu beſtreiten,

vergl. Mittermaier, l. c.

Klüber, l. c.

es liegt alſo kein Grund vor, aus welchem die Apanagequalität der ſtreitigen Jahresrente geleugnet werden könnte.

Iſt dies aber zuzugeben, ſo kann auch dem jedesmaligen Percipienten nur in Bezug auf die bei ſeinen Lebenszeiten verfallene Rente ein unbeſchränktes Dispoſitionsrecht unter den Lebendigen und auf den Todesfall eingeräumt werden,

vergl. Mittermaier, l. c.

und eine der urſprünglichen Stiftung und den beſtehenden Hausverträgen entgegenlaufende letztwillige Verfügung eines einzelnen Percipienten braucht von den zur Succeſſion in der Apanage berechtigten Nachfolgern, da dieſe ihr diesfälliges Succeſſionsrecht

nicht vom Testator, sondern aus der ursprünglichen Stiftung herleiten, äußersten Falles nur dann anerkannt zu werden, wenn sie — was jedoch Kläger in Bezug auf ihre Person in der Klage nicht angeführt haben — die Allodialerben dieses Testators geworden sind und dessen Allodialnachlaß angetreten haben, wobei sich aber nach den eben entwickelten Grundsätzen von selbst versteht, daß auch auf diese Weise die später eintretenden Apanageberechtigten noch nicht gebunden werden.

Daß den apanagirten Mitgliedern souverainer Häuser ein Recht der Autonomie zustehe und daß dieses Recht möglicherweise auch im Wege einer letztwilligen Verfügung ausgeübt werden könne, läßt sich zwar zugeben, allein daraus folgt nur noch nicht, daß dem jedesmaligen Inhaber eines als Apanage zu betrachtenden Jahresgehaltes gestattet sei, durch eine gerichtliche testamentarische Anordnung ein Hausgesetz für seine gesammte Descendenz zu begründen, wodurch zumal frühere, als Hausgesetze errichtete und deshalb für die Gesammtheit der Familienglieder bindende Bestimmungen abgeändert oder aufgehoben worden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die in dem Testamente des Grafen Ferdinand Johann Ludwig vorgenommene Vertheilung der ihm und seiner männlichen Descendenz gebührenden Jahresrente zu ihrer Gültigkeit als Hausgesetz für seine Nachkommenschaft der Zustimmung aller Betheiligten und namentlich auch des regierenden Hauses bedurft hätte, wenn es klar vorläge, daß derselbe von dem Befugnisse der Autonomie habe Gebrauch machen und durch letztwillige Verfügung einen neuen Vertheilungsmodus für seine gesammte Descendenz feststellen wollen, denn der Inhalt des Testamentes Bl. — läßt eine solche Absicht nicht einmal erkennen, stellt sich vielmehr nur als eine einfache letztwillige Verfügung dar. Es ergiebt sich die Richtigkeit dieser Ansicht insonderheit daraus, daß der Testator seinen sämmtlichen Kindern zwar jährliche Pensionen ausgesetzt und dieselben auf seine Jahresrente von 5000 Thalern angewiesen, auch für den Fall, daß der eine oder der andere seiner Söhne ohne männliche Descendenz sterben oder eine seiner Töchter sich vermählen oder mit Tode abgehen sollte, Bestimmungen darüber getroffen hat, wem von seinen überlebenden Söhnen die dadurch vacant wordene Pensionsrate accresciren solle; daß aber nirgends davon etwas ausdrücklich gesagt worden ist, daß der Testator für seine Nachkommenschaft eine für alle Zeit bindende Satzung für die Succession in die seiner Linie zukommende Apanage feststellen wolle, sowie daß und nach welchem Maaßstabe nunmehr die hinterlassenen männlichen Descendenten der Söhne sich in die erwähnte Jahresrente theilen sollen. Auch widerspricht der Verfügung Bl. —, wornach derjenige Erbe, welcher die testamentarischen Bestimmungen nicht anerkenne, auf den Pflichttheil gesetzt werde, der Annahme, als habe eine autonomische Satzung der vorgedachten Art in der Absicht des Testirers gelegen.

Die von den überlebenden beiden Söhnen Bl. — abgegebene Erklärung erwähnt ebenfalls nur ein Testament, kein durch ein solches zu begründendes Hausgesetz, und die Erklärung derselben, daß sie das väterliche Testament auch für ihre eignen Nachkommen genehmigt haben wollten, kann diesen letzteren rücksichtlich der Apanagegelder aus den bereits angegebenen Gründen nicht präjudiciren.

Welche Befugnisse sich aber der Graf Ferdinand Johann Ludwig bezüglich seiner Apanage bei Errichtung seines letzten Willens zugeschrieben habe, kann begreiflich von keinem wesentlichen Einflusse sein, da Alles nur darauf ankommt, welche Rechte er nach dem Vertrage von 1762 wirklich erworben hatte. Uebrigens spricht der Umstand, daß derselbe die Genehmigung seiner Söhne zu seiner Disposition einholte, mindestens nicht dafür, daß er sich ein unbeschränktes Dispositionsrecht vindiciren wollen.

Jedenfalls nun war es nicht Sache der Kläger, nachzuweisen, daß der Vertrag von 1762 durch spätere Verfügungen nicht aufgehoben worden sei, sondern es wäre eine von dem Beklagten vorzuschützende und nachzuweisende Exception gewesen, daß eine solche die ungleiche Vertheilung begründende Verfügung in rechtsbeständiger Weise getroffen worden sei.

Endlich läßt sich aber auch den Klägern nicht einhalten, daß in dem Vertrage von 1762 darüber keine Bestimmung getroffen worden, wie die Apanage des Grafen Ferdinand Johann Ludwig zu vertheilen sei, wenn nach dessen Tode mehrere gleich nahe berechtigte Descendenten in deren Genuß succediren sollten; denn in Ermangelung einer dem entgegenstehenden besonderen Bestimmung muß angenommen werden, daß solche den gleich nahe stehenden Descendenten auch nach gleichen Theilen habe zufallen sollen, und läge selbst eine diesfällige Bestimmung nicht schon stillschweigend in jenem Vertrage, so würde doch ein diesfälliger Mangel noch nicht bewirken, daß es in der Willkür des gedachten Testators gelegen habe, demselben nach seinem Ermessen abzuhelfen.

Endlich ist noch die Bl. — unter 7. erwähnte Frage zu berühren gewesen. Hierbei ist nun zu gedenken, daß eine allen Berechtigten präjudicirende

Extinctivverjährung in Bezug auf das Recht, eine gleichmäßige Vertheilung der fraglichen Apanage zu verlangen, schon deshalb einem erheblichen Zweifel unterliegen möchte, weil die Succession in dieselbe nicht auf dem Erbrechte, welches dem Nachfolger in der Apanage an dem Nachlasse des vorhergehenden Percipienten zustand, sondern auf dem Vertrage vom 24. Mai 1762 beruht, nach welchem der jedesmalige Apanagenberechtigte seinen successionsberechtigten Descendenten nichts vergeben kann. Es fehlt also hier an der accessio possessionis, und es könnte demnach von dem Eintritt der erlöschenden Verjährung nur gegen einzelne Berechtigte für ihre Person die Rede sein, wenn selbige über rechtsverwährte Zeit mit einem geringern, als dem ihnen zukommenden Antheile vorlieb genommen hätten. Wenn man aber in voriger Instanz angenommen hat, daß ein Gewohnheitsrecht dadurch habe entstehen können, daß über rechtsverwährte Zeit die verschiedenen Empfänger sich bei der ungleichen Apanagevertheilung beruhigt hätten, so kann zwar eine Familienobservanz unter den Familien des hohen Adels vorkommen, ob aber eine solche dadurch allein begründet werden könne, daß während des Zeitraums der Verjährung die einzelnen Percipienten eines Apanageantheils sich mit einer minderen, als der ihnen gebührenden Quote zufrieden gestellt haben, dürfte schon mit Rücksicht auf das, was über die Möglichkeit einer Extinctivverjährung bemerkt worden, sehr gewichtigen Zweifeln unterliegen.

Es braucht jedoch über beide Fragen dermalen nicht entschieden zu werden, da der sogleich anzugebende Grund für die Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße durchschlagend ist.

Der Anspruch der Kläger ist auf eine gleichmäßige Vertheilung der den Descendenten Ferdinand Johann Ludwig Grafens zur Lippe gebührenden Apanage an jährlich 5000 Thlr. —ʻ —ʻ gerichtet. Soll hier eine Verurtheilung erfolgen, welche, wie dies bei einer jeden condemnatorischen Entscheidung unerläßlich ist, mit Sicherheit, und ohne daß neue, ein ausführliches rechtliches Gehör erforderlich machende und deshalb zur Verhandlung in der Executionsinstanz ungeeignete Streitigkeiten zu befürchten stehen, auszuführen, so müßte auch der den beiden Klägern gebührende Antheil der Summe quantitativ, oder doch dem Quotalverhältnisse nach, genau zu bestimmen sein. Dazu ist aber in der Klage das nöthige Material nicht gebracht. Nach der eigenen Ansicht der Kläger hätte nach dem Tode der beiden Grafen Friedrich Ludwig und Karl Christian zur Lippe von jenen 5000 Thlrn. —ʻ —ʻ die eine Hälfte den Söhnen und weiteren Nachkommen Friedrich Ludwig's, die zweite der Descendenz Karl Christian's gebührt, dergestalt, daß sich die successionsberechtigten Nachkommen eines jeden dieser beiden Brüder in die ihnen angefallenen je 2500 Thlr.—ʻ—ʻ zu theilen gehabt. Um nun zu beurtheilen, wie viel der Antheil der Kläger an der der Nachkommenschaft ihres Großvaters, Karl Christian Grafen zur Lippe, gebührenden Hälfte der bezüglichen Apanage betrage, müßte vor allen Dingen feststehen, wer an männlichen Descendenten dieses letzteren vorhanden gewesen und wer rücksichtlich dermalen noch von denselben vorhanden sei. In der Klage Bl. — ist aber nur angegeben worden, daß der Großvater der Kläger, der obgedachte Karl Christian, und der Vater derselben, Herrmann Graf zur Lippe, verstorben seien. Der Satz, daß die Nichteristenz mehrerer, gleich naher oder näher berechtigter Erben bei einer erbschaftlichen Klage vom Kläger nicht bewiesen zu werden brauche, ist auf den vorliegenden Fall um so weniger anwendbar, als Kläger gar nicht den ganzen Antheil Karl Christian's mit 2500 Thlrn. —ʻ —ʻ, sondern nur einen verhältnißmäßigen Theil davon beanspruchen, welcher eben, ohne Angabe der sämmtlichen successionsberechtigten Personen, gar nicht bemessen werden kann.

Ist hiermit die Abweisung in der angebrachten Maaße gerechtfertigt, so bedarf es doch auch andererseits keiner weiteren Auseinandersetzung, daß nach dem bisher Ausgeführten die Kläger mit ihrem Anspruch, dessen bessere Begründung durchaus nicht ausgeschlossen bleibt, nicht schlechterdings abgewiesen werden konnten.

Bei den mannichfach zweifelhaften Fragen, auf denen die Entscheidung beruhte, ist die Compensation der Kosten erster Instanz angemessen, wogegen die Kosten der Rechtsmittel schon, da beide Theile remedirt haben, gegeneinander aufzuheben waren."

Dieses am 6. December 1851 publicirte Urthel entbanden die Kläger durch Appellation von seiner Rechtskraft und erlangten nunmehr in dritter Instanz eine ihnen günstige Entscheidung, indem das Königl. Oberappellationsgericht unterm 16. März 1852 entschied:

„Hiernächst ist es bei dem gedachten Urthel und dem dadurch bestätigten Erkenntnisse Bl. —, soweit darin das Suchen der Kläger in der angebrachten Maaße abgewiesen wird, nicht zu lassen, sondern würden vor allen Dingen Kläger sich durch den Nachweis, daß ihr Vater verstorben sei, zur Sache gehörig legitimiren, so sind dieselben zu dem Anspruche auf die an sie verhältnißmäßig gediehenen Antheile an der Hälfte der in dem Vergleiche vom 22. und 24. März 1762 (Bl. —) für Ferdinand Johann

Ludwig Grafen zur Lippe bestimmten jährlichen Rente von 5000 Thalern in Golde für wohl befugt zu achten, und es ist der Beklagte, als dermaliger Senior der Gräflich Lippe-Weißenfeld'schen Linie, dieses Recht anzuerkennen, auch demgemäß den Klägern die auf sie verfällten Antheile an vorgedachter Jahresrente unverkürzt verabfolgen zu lassen schuldig. Dahingegen ist, soviel den Kostenpunkt betrifft, das vorige Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, es sind auch die neuern Appellationskosten zwischen den Parteien zu compensiren."

Diesem Urthel waren folgende Gründe beigefügt:

„Der Beklagte insistirt bei der Ausführung seiner ersten Appellationsbeschwerde Bl. — zuvörderst der in seinem Einlassungs- und Exceptionssatze Bl. — vorgebrachten und bei der Appellation gegen das erste Urthel Bl. — erneuerten Einrede des incompetenten Gerichtsstandes; doch ohne haltbaren Grund.

Dem constant befolgten Gerichtsbrauche gemäß wird angenommen, daß ein Beklagter, welcher auf die ergangene Vorladung im Termine zur Güte und Recht erscheint, und sich zum rechtlichen Verfahren verweisen läßt, ohne gegen die Zuständigkeit des Gerichts etwas einzuwenden, das Gericht als competent anerkannt und thatsächlich auf die foridedinatorischen Einreden verzichtet habe. Die Annahme eines Anerkenntnisses des Proceßgerichts muß um so gerechtfertigter da sich darstellen, wo die im Termine abgegebene Erklärung in der That keine andere Deutung zuläßt. Der Beklagte, zu dessen eignen Händen die Ladung insinuirt worden war, Bl. — erschien im Termine am 20. November 1850 durch seinen legitimirten Bevollmächtigten, ohne hierbei oder in der an diesen ertheilten Vollmacht Bl. — gegen die Competenz des Gerichts den geringsten Zweifel zu erregen, die Sachwalter beider Parteien deprecirten einen Vergleich, „da es bei der großen Verwickelung der Sache und in Rücksicht auf die davon abhängenden Consequenzen auf rechtliche Entscheidung der Sache abgesehen sei", und sie compromittirten, nach Verweisung zum rechtlichen Verfahren, auf ein doppeltes septiduum utile. Erst in dem am 29. November 1850 eingebrachten Satze Bl. — trat der Beklagte mit der Ausflucht des incompetenten Gerichts hervor. Diese freiwillige Unterwerfung unter das Proceßgericht würde nur dann wirkungslos bleiben müssen, wenn entweder die Sache zu denen gehörte, welche ihrer Beschaffenheit nach nicht vor dem gewählten Proceßgerichte verhandelt werden dürfen, oder wenn es dem Beklagten für seine Person in Folge bestehender Prohibitivgesetze nicht gestattet wäre, vor dem Landgericht zu L. Recht zu nehmen. Ersteres behauptet der Beklagte gar nicht, auch würde er zu einer solchen Behauptung in der That keinen Anlaß gehabt haben. Dagegen sucht der Beklagte das Compromiß aus Gründen, welche sich auf seine Person beziehen, als unwirksam darzustellen.

Ganz richtig ist ihm bereits von den vorigen beiden Instanzen eingehalten worden, daß das Rescript vom 4. Januar 1813 (C. A. C. III. Thl. 1. S. 269.) nebst §. 12. b. der Verordnung vom 28. März 1835 (Gesetzblatt S. 215.), sowie der 11te Artikel der Bundesacte vom 8. Juni 1815 blos von wirklichen Souverainen — (Bundesgliedern) — sprechen, die Mitglieder der Nebenlinien von souverainen Häusern aber, auch wenn sie thronfolgefähig, nicht selbst souveraine Bundesglieder sind. Daß der 11te Artikel der Bundesacte blos von den wirklichen Souverainen zu verstehen sei, lehrt nicht nur der Inhalt dieses Artikels selbst, sondern es muß jeder etwanige Zweifel hierüber schwinden, wenn man den Bundesschluß vom 16. Juni 1817 und den einen nachträglichen Theil der Schlußacte vom 15. Mai 1820 bildenden Plenarbeschluß vom 3. August 1820 hinzunimmt. Das Reichsgesetz, nach welchem die Streitigkeiten zwischen Churfürsten, Fürsten und Fürstenmäßigen durch ein Austrägalgericht zu verhandeln und zu entscheiden sind (s. die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555. Thl. II. Art. II. §§. 3. f.), hat durch die Aufhebung der Reichsverfassung seine Anwendbarkeit verloren.

Nur insoweit, als in dem oder jenem Hause vertragsmäßig Austräge geordnet sind, kann es sich noch fragen, ob der vor dem ordentlichen Richter in Sachsen belangte Beklagte darauf die Einrede des incompetenten Gerichtsstandes stützen könne, es würde jedoch auch die Bejahung dieser Frage dann einflußlos bleiben, wenn der Beklagte sich freiwillig dem von dem Kläger angegangenen gewöhnlichen Richter unterworfen und beide Parteien dahin, daß von diesem in der Sache verfahren und entschieden werden solle, compromittirt haben. Uebrigens hat der Beklagte nicht einmal behauptet, daß in dem Gräflich Lippe'schen Hause solche gewillkürte Austräge geordnet seien.

(Fortsetzung in der gleichzeitig erscheinenden Nummer 23.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 23.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

(Fortsetzung aus No. 22.)

Die Bezugnahme des Beklagten Bl. — auf einen die Wiederherstellung der im 14ten Artikel der Bundesacte den im Jahre 1806 und seitdem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsständen und Reichsangehörigen — (den sogenannten Mediatisirten) — garantirten Vorrechte, insonderheit des auf privilegirten Gerichtsstand, betreffenden und durch die Zeitungen bekannt gewordenen Bundesschluß vom 2. December 1851 muß, wie die Kläger Bl. — richtig ergegnen, schon aus formellen Gründen einflußlos bleiben. Der erwähnte Bundesbeschluß ist in Sachsen noch nicht zur Publication gelangt und bereits länger, als ein Jahr vorher, haben die Parteien zu Verhandlung des gegenwärtigen Processes ein Compromiß errichtet. Es bedarf daher nicht noch eines näheren Eingehens auf die Frage, ob der Inhalt dieses Beschlusses auf Fälle, wie der vorliegende, zu beziehen sein möchte.

Der Zweifel, ob da eigentlich ein unmittelbares Rechtsverhältniß des Gläubigers zum Schuldner bei dem vorliegenden Anspruche nur zwischen den zu der Rente berechtigten Mitgliedern der Nebenlinie und dem regierenden Hause besteht, dem Beklagten nicht die Bl. — unter 5. erhobene Einwendung des unrichtig gewählten Beklagten Schutz verleihen möchte, erledigt sich, nach der richtigen Bemerkung der vorigen Instanz Bl. —, durch das aus den Einlassungsabschnitten 95. ꝛc. sich ergebende Einverständniß der Parteien darüber, daß das regierende Haus die der Weißenfeld'schen Linie gebührenden 5000 Thaler —ˏ —ˏ nicht an die einzelnen Antheilberechtigten, sondern an den jedesmaligen Senior der Linie — jetzt den Beklagten — auszuzahlen und dieser für die Vertheilung an die zur antheiligen Perception berechtigten einzelnen Mitgliedern der Linie zu sorgen hat, deshalb auch eine an das regierende Haus geschehene Verwendung der Kläger Bl. — vergeblich geblieben ist, indem von diesem die Kläger an den Beklagten, als Senior ihrer Linie, gewiesen worden sind. Eben so ist, wie dies in der vorigen Instanz (Bl. —) geschehen, auch jetzt darüber sich nicht auszusprechen, ob der Ausgang des gegenwärtigen Processes für oder gegen andere Interessenten, außer den Parteien selbst, eine rechtsverbindende Wirkung haben werde.

2.

Die vorige Instanz hat die Gründe, welche die erste Instanz zu der Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße bewogen hatten, theils gemißbilligt, theils für solche erklärt, welche man dahin gestellt sein lassen könne. Nur wegen einer die Quantificirung des Anspruchs der Kläger betreffenden Unvollständigkeit im Klagvorbringen Bl. — ist die abweisende Entscheidung bestätigt worden. Es wird die Angabe in der Klage, daß Karl Christian Graf zur Lippe der Großvater, und Herrmann Graf zur Lippe der Vater der Kläger gewesen sei, als unzureichend zu Begründung einer vollstreckbaren sententia certa betrachtet, weil, so lange man nicht wisse, wie viel eheleibliche Söhne Karl Christian und wie viel Herrmann Graf zur Lippe hinterlassen habe, sowohl der quantitative Betrag, als der Quotalantheil der Kläger an der Hälfte der fraglichen 5000 Thlr. —ˏ —ˏ ungewiß bleibe und die Hebung dieser Ungewißheit nicht dem Executionsverfahren überlassen werden dürfe.

Allerdings tritt dem übrigens Bl. — nicht bestrittenen Satze: pluralitas heredum non praesumitur,

hier ein Bedenken insofern entgegen, als die Kläger, nicht blos nach der Faſſung der Klage, ſondern vornämlich auch nach dem Inhalte ihrer Appellationsführung Bl. —, dieſen Satz gar nicht geltend machen und gar nicht behaupten, daß ihr Vater, Herrmann, der einzige Sohn Karl Chriſtian's geweſen, und daß ſie die alleinigen beiden Söhne Herrmann's Graf zur Lippe, mithin zum alleinigen Genuſſe der 2500 Thlr. —ſ —ſ berechtigt ſeien. Erwägt man indeſſen, daß von den Klägern nirgends in den Acten ein beſtimmtes Geſtändniß dahin abgelegt worden iſt, es habe Karl Chriſtian mehr Söhne, außer ihrem Vater, und es habe dieſer mehr Söhne, außer ihnen hinterlaſſen, und daß hiernach wohl zu fragen wäre, ob es nicht dem Beklagten obgelegen hätte, das Vorhandenſein mehrerer Erben und die daraus folgende Zuvielforderung zu excipiren, ſo könnte ſchon in dieſer Hinſicht Zweifel dagegen erhoben werden, ob dieſer Grund allein zur Klagabweiſung führen müſſe. Hierzu kommt aber vornämlich noch, daß, wie von den Klägern Bl. — erklärt wird und aus dem Inhalte der Klage bereits erhellt, die Kläger nicht ſowohl eine Verurtheilung des Beklagten in die Zahlung einer beſtimmten Summe oder Quote, als vielmehr die Entſcheidung der über das Rechtsverhältniß beſtehenden Differenz und die Verurtheilung des Beklagten verlangen, ihr Recht auf und ſeine Verbindlichkeit zu gleichmäßiger Vertheilung der 5000 Thlr. —ſ —ſ an die Nachkommen resp. ſeines und ihres Großvaters, Friedrich Ludwig's und Karl Chriſtian's Grafens zur Lippe anzuerkennen, als wohin denn auch das weiſet, daß von Rückſtänden, Verzugszinſen ꝛc. irgend etwas nicht erwähnt wird. Selbſt wenn man das Klaggeſuch in Folge des darin gebrauchten Ausdrucks „gewähren" als weiter gehend anzuſehen hätte, würde immer nicht die Klagabweiſung nothwendig hieraus folgen, ſondern das Suchen im Erkenntniſſe bis dahin, wozu das Klagvorbringen führt, zu beſchränken ſein (Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 5. §. 1. und 2.). Dahin, daß, dafern das Anführen in der Klage genugſames Anhalten zu einer Entſcheidung über das ſtreitige Rechtsverhältniß darbietet, auf deſſen Anerkennung auch dann geklagt werden könne, wenn die Vollſtreckung des verurtheilenden Erkenntniſſes nicht ſofort geſchehen kann, ſondern noch von einem anderen Umſtande abhängig iſt, hat ſich der Gerichtsbrauch ausgeſprochen.

von Langenn und Kori, Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen, Thl. II. No. 3. a. E. S. 52. der 2. Auflage.

Uebrigens iſt auch die Bemerkung der Kläger, daß, wenn einmal über das Rechtsverhältniß entſchieden iſt, die Frage, was ihnen dem zu Folge quantitativ zu leiſten ſei, zu keinen umfänglichen Erörterungen Anlaß bieten könne, nicht unrichtig, da es ſich hier um einen Anſpruch handelt, welcher den Klägern, dafern ſie eheleibliche Deſcendenten Karl Chriſtian's Grafen zur Lippe ſind, jure proprio zuſteht, und da, wenn über die in Frage kommenden Geburts- und Todesfälle Kirchenzeugniſſe beigebracht werden, die Berechnung des den Klägern zukommenden Quantums oder Quotalantheils eine ſehr einfache iſt.

Den Klägern iſt ein Anſpruch auf Theilnahme an der fraglichen Jahresrente und die Klage auf Anerkennung dieſes Rechtes auch ſchon dann nicht abzuſprechen, wenn ihr Anführen in der Klage, daß am 5. April 1808 Karl Chriſtian Graf zur Lippe verſtorben, daß deſſen Sohn, Herrmann Graf zur Lippe, ihr Vater geweſen und am 14. Januar 1841 mit Tode abgegangen, daß ſie mithin apanageberechtigte Enkel Karl Chriſtian's Grafen zur Lippe geworden ſeien, in Gewißheit beruht. Der Beklagte hat zwar formell die dieſes Anführen enthaltenden Einlaſſungsabſchnitte 80—82. in das Nichtwiſſen geſtellt und den darüber angetragenen Eid den Klägern zurückgegeben. Seine Auslaſſungen an andern Actenſtellen legen jedoch dar, daß eine Eidesleiſtung hierüber füglich vermieden werden kann. In der von ihm der Einlaſſung vorangeſchickten Sachdarſtellung Bl. — giebt der Beklagte zu, daß Karl Chriſtian Graf zur Lippe der zweite Sohn Ferdinand Johann Ludwig's Grafen zur Lippe geweſen, daß deſſen dritter Sohn, Ludwig Auguſt Ernſt, kinderlos verſtorben, daß Ferdinand Johann Ludwig der Urgroßvater der Kläger geweſen, dieſe mithin deſſen Nachkommen ſeien, er nennt ſelbſt bei der von ihm Bl. — unter 4. vorgebrachten Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache den Grafen Herrmann zur Lippe den Vater der Kläger, und er verlangt bei dieſer Einrede blos noch den von den Klägern zu liefernden Nachweis, daß ihr Vater verſtorben und daß ſie deſſen Erbſchaft angetreten haben. Unter dieſen Umſtänden, und da hier der Erbſchaftsantritt keine Bedingung iſt, von welcher das Recht der Kläger abhängt, mithin zur Vervollſtändigung der Sachlegitimation für die Kläger, zu Folge der eignen Erklärungen des Beklagten, weiter nichts nöthig iſt, als der Nachweis, daß der Vater der Kläger verſtorben ſei, hierzu aber, wenn die Kläger ein Kirchenzeugniß beibringen, einer Eidesleiſtung es nicht bedarf, mußte es für angemeſſen befunden werden, den Eidesantrag unberückſichtigt zu laſſen und einen Nachweis über dieſen Todesfall zu erfordern.

3.

In dem zwiſchen dem damals regierenden Grafen Simon Auguſt zur Lippe-Detmold einerſeits, und deſſen Vettern, den beiden Brüdern Friedrich Karl Auguſt Grafen zur Lippe-Bieſterfeld und Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe-Bieſterfeld-Weißenfeld, andererſeits abgeſchloſſenen und von dem Beklagten Bl. — als ein noch jetzt rechtsbeſtändiges Fundamental-, Landes- und Hausgeſetz für die Nachkommen des Gräflich Lippe'ſchen Hauſes gültig anerkannten Vergleiche, d. d. Detmold und Bieſterfeld, den 22. und 24. Mai 1762. Bl. —, worauf die Kläger ihren Anſpruch ſtützen, iſt hinſichtlich der darin für Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe-Weißenfeld — (den Urgroßvater der Parteien) — und deſſen eheliche männliche Nachkommen beſtimmten, aus der Landrentei zu Detmold zu gewährenden Jahresrevenue von 5000 Thalern —,— in Gold eine beſondere Succeſſionsordnung nicht feſtgeſetzt, und darüber, wie es dann, wenn ſpäterhin mehrere Nachkommen des damaligen Paciscenten vorhanden wären, mit der Vertheilung der 5000 Thlr. —,— gehalten werden ſolle, nicht erwähnt worden.

Die vorige Inſtanz nimmt deshalb an Bl. —, es liege hierin die Beſtimmung, daß den gleich nahe ſtehenden Deſcendenten die Rente nach gleichen Theilen gebühre, ohne die Frage zu berühren, ob, wenn mehrere Deſcendenten aus verſchiedenen Stämmen vorhanden ſind, die Genußberechtigung nach den Stämmen, oder, ohne Rückſicht darauf, nach den Köpfen eintrete.

Man kann dieſen Zweifel indeſſen unerörtert laſſen, da zwiſchen den Parteien darüber, daß nach Stämmen und in dieſen nach gleichen Antheilen zu ſuccediren ſei, an die Stelle des mit Tode abgehenden Percipienten alſo deſſen Söhne treten, kein Streit obwaltet, von dem Beklagten vielmehr Bl. — ausdrücklich zugegeben wird, daß in §. 3. des Vergleichs von 1762 eine gleichmäßige Vertheilung der Rente angeordnet worden ſei. Hiermit ſcheint zwar der fernere Inhalt des Exceptionsverfahrensſatzes Bl. — inſofern in Widerſpruch zu treten, als der Beklagte theils aus dem Schweigen im Vergleiche von 1762 über die künftige Vertheilung der Rente an die Nachkommen der Paciscenten, theils aus einigen poſitiven Beſtimmungen im Vergleiche zu deduciren ſucht, daß die Paciscenten eine ſolche gleichmäßige Vertheilung, wie ſie von den Klägern verlangt werde, für alle Zeiten nicht hätten feſtſetzen wollen. Dies geſchieht jedoch offenbar nur zu Unterſtützung der der dritten Ausflucht (des unſtatthaften Klaglibells) Bl. — unterliegenden Anſicht, daß es dem Urgroßvater der Parteien, ſowie jedem folgenden Apanageberechtigten, durch den Vergleich von 1762 unverſagt geblieben, eine für ſeine Deſcendenten verbindliche Anordnung zu ungleicher Vertheilung der Rente zu treffen, — eine Anſicht, welche nachher näher zu prüfen ſein wird, — und daß dies durch eine letztwillige Verordnung geſchehen ſei.

Darüber, daß nach den Grundſätzen des Inteſtaterbrechts von den dem Verſtorbenen gleich nahe ſtehenden Verwandten keiner blos um deswillen, weil er der ältere iſt, Anſpruch auf einen größeren Theil zu machen hat, ſondern die gleich nahe ſtehenden zu gleichen Theilen ſuccediren, eben ſo darüber, daß daſſelbe bei der Succeſſion in Fideicommiſſe ſtattfinde, dafern nicht in der Fideicommißverordnung etwas Anderes beſtimmt iſt, kann nicht gezweifelt werden. Das Nämliche gilt bei Apanagen, welche für die nachgeborenen (nicht regierenden) Mitglieder eines regierenden Hauſes zu ihrem ſtandesmäßigen Unterhalte ausgeſetzt ſind, ſoweit nicht die beſonderen Landes- oder Hausgeſetze hierüber andere Beſtimmungen enthalten.

Moſer, Familien-Staatsrecht, Thl. I. Cap. 3. §. 55. S. 502.

Mohl, Staatsrecht, §. 79. B. a. 2. S. 364.

Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 451.

Mittermaier, deutſches Privatrecht, §. 451. der 5ten Aufl.

Daraus, daß in einem Hauſe die Primogenitur eingeführt iſt, folgt nicht, daß ſie ſodann auch in der nachgeborenen Linie beobachtet werden müſſe.

Moſer, a. a. O.

Hiernach ſtehen dem Verlangen der Kläger, daß die im Vertrage von 1762 für die eheliche männliche Deſcendenz Ferdinand Johann Ludwig's Grafen zur Lippe ausgeſetzte Jahresrente von 5000 Thalern gleichmäßig vertheilt werde, der Inhalt des Vertrags und die rechtlichen Vorſchriften zur Seite, dafern nicht, was der Beklagte

4.

Bl. — bei der unter 3. vorgeſchützten Einrede des unſtatthaften Klaglibells behauptet, ſpäter eine Aenderung in der Vertheilung eingeführt worden, und ſolches auf eine von den Klägern für rechtsverbindlich anzuerkennende Weiſe geſchehen wäre. Letztere Frage würde, ſelbſtverſtändlich, keiner Unterſuchung bedürfen, wenn die erſtere Frage: ob wirklich eine bleibende Aenderung getroffen worden ſei? zu verneinen ſein ſollte.

Eine Feſtſetzung dahin, daß die Deſcendenz Friedrich Ludwig's Grafen zur Lippe, des älteſten Sohnes Ferdinand Johann Ludwig's, von der Rente an 5000 Thlrn. —,— die Summe von

500 Thlrn. —ˢ —ˢ im Voraus, oder 500 Thlr. —ˢ —ˢ mehr, als die Descendenz Karl Christian's Grafen zur Lippe, des zweiten Sohnes Ferdinand Johann Ludwig's, zu erhalten habe, soll durch das von Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe sub dato Baruth, am 3. Juni 1773 errichtete Testament (Klagbeilage B. Bl. —) und die von den Söhnen des Testators — (den Großältern der Parteien) — abgegebene Agnitionserklärung von demselben dato (Klagbeilage C. Bl. — f.) getroffen worden sein.

Zwar bezieht sich der Beklagte Bl. — außerdem noch auf einen von den beiden genannten Söhnen Ferdinand Johann Ludwig's Grafen zur Lippe unterm 22. Januar 1765 ausgestellten Revers, in welchem sie im Voraus ihre Zufriedenheit mit dem von ihrem Vater zu errichtenden letzten Willen ausgesprochen hätten, ingleichen auf von dem Testator am 2. April 1774, 11. Februar 1775 und 23. October 1776 errichtete, die Substituirung seiner beiden Söhne an die Stelle verstorbener Kinder betreffende Codicille und einen von seinen Söhnen hierüber ausgestellten Revers. Allein davon, daß in diesen, dem Satze nicht beigefügten Urkunden hinsichtlich der Ansprüche der entfernteren Descendenten des Testators auf die Succession in die fragliche Rente andere Bestimmungen, als in dem Testamente, enthalten seien, wird von dem Beklagten nichts erwähnt. Was von ihm über deren Inhalt Bl. — angegeben wird, weiset dahin, daß diese nicht beigefügten Urkunden einen selbstständigen Einfluß auf die Beurtheilung der Sache zu äußern nicht vermögen, daß sie vielmehr nur dann, wenn eine Bestätigung der Behauptung des Beklagten in dem Testamente vom 3. Juni 1772 zu finden wäre, in Verbindung mit solchem zu berücksichtigen sein könnten.

Die vorige Instanz hat angenommen, das Testament vom 3. Juni 1772. Bl. — enthalte blos eine die Kinder des Testators angehende letztwillige Disposition, keineswegs ergebe sich daraus die Absicht des Testators eine für seine gesammte männliche Descendenz verbindliche Successionsordnung in Bezug auf die fragliche Rente zu begründen; auch enthalte die von seinen Söhnen unter demselben Tage abgegebene, auf dieses Testament sich beziehende Erklärung Bl. — eben nicht mehr, als das Testament selbst. Die ausführlichen Gründe, wodurch diese Ansicht gerechtfertigt wird, Bl. — zu widerlegen, hat der Beklagte auch nicht einmal versucht. Jenen Gründen Bl. — ist durchaus beizutreten, und nur Folgendes mag hier noch hinzugefügt werden:

Nach dem, was sich über die Familien- und Vermögensverhältnisse des Testators aus dem Testamente abnehmen läßt, befand sich derselbe damals bereits im Wittwerstande, und hatte sechs Kinder, drei Söhne und drei Töchter, von denen blos der älteste Sohn bereits vermählt war.

An Vermögen scheint er außer Fahrniß nur noch ein Haus in Lemgo besessen zu haben.

Die Absicht des Testators, nach seinem Ableben auch seinen Töchtern bis zu ihrer Versorgung einen Mitgenuß der fraglichen Rente von 5000 Thlrn. —ˢ —ˢ und seinem ältesten Sohne etwas mehr, als den übrigen Söhnen, zuzuwenden, geht aus den testamentarischen Dispositionen selbst hervor, sowie für die Begünstigung des ältesten Sohnes ein offenbar ganz individueller, auf dessen Person beschränkter Grund (Bl. — §. II.) mit den Worten angegeben ist: „in Ansehung seines in meinem Alter mir geleisteten getreuen Beistandes". Schon hiernach wird es wenigstens sehr unwahrscheinlich, daß der Testator das zur Belohnung seines ältesten Sohnes für den ihm geleisteten Beistand Bestimmte über dessen Person hinaus habe erstrecken und die gesammte männliche Nachkommenschaft desselben vor seinem zweiten Sohne und dessen Descendenz habe begünstigen wollen. Und da schon wegen des den Töchtern zugedachten Mitgenusses an der für die männlichen Descendenten bestimmten Jahresrente die Zustimmung der letzteren nöthig, auch nicht vorauszusehen war, ob bei dem Ableben Eines oder des Anderen der Söhne mit Hinterlassung männlicher Descendenten nicht noch die Töchter des Testators in dem ihnen durch das Testament beschiedenen Mitgenusse stehen würden, so läßt sich auch daraus, daß der Testator auf Erlangung des Einverständnisses seiner Söhne mit seinen väterlichen Dispositionen Bedacht nahm, sowie daraus, daß die Söhne ihre Zustimmung dazu mit den Worten: „so declariren wir hiermit für uns, unsere Erben und Nachkommen", Bl. — ausgesprochen, nicht der entfernteste Grund für die Annahme herleiten, es habe der Testator der männlichen Descendenz seines ältesten Sohnes für alle Zeiten ein Plus von 500 Thlrn. —ˢ —ˢ bescheiden wollen.

Selbst der Ausdruck „Pension", dessen sich der Testator bei allen seinen Bestimmungen über Vertheilung des Rentengenusses unter seine Kinder bedient hat, spricht gegen die Annahme, daß der Testator eine für alle Generationen bleibende Einrichtung habe treffen wollen.

Wenn ferner im Falle, daß der älteste Sohn des Testators ohne Descendenz verstürbe, von dessen Antheil der 1650 Thlr. —ˢ —ˢ dem zweiten (und sodann ältesten) Sohne nur 1000 Thlr. —ˢ —ˢ, dem dritten aber 650 Thlr. —ˢ —ˢ, also blos

350 Thlr. —ſ —ſ weniger, als jenem, zuwachſen ſollten (§§. IX. X. des Teſtaments Bl. —), ſo ergiebt ſich hieraus mindeſtens ſo viel, daß die Abſicht des Teſtators auf eine bleibende Begünſtigung des Aelteſten mit einer Summe von 500 Thlrn. —ſ —ſ nicht gerichtet war. Vornämlich aber iſt es die Faſſung des Teſtamentes ſelbſt, welche der Annahme einer ſolchen Abſicht entgegenſteht. Sowie die im §. II. ertheilte Verordnung, daß der älteſte Sohn des Teſtators, wegen des ihm geleiſteten treuen Beiſtandes, 1650 Thlr. —ſ—ſ (alſo 500 Thlr. —ſ—ſ mehr als jeder ſeiner Brüder) bekommen ſolle, blos dieſen älteſten Sohn für ſeine Perſon, als den Honorirten, benennt, ohne dabei mit einer Sylbe ſeiner männlichen Deſcendenz zu gedenken, ſo findet ſich auch übrigens in dem Teſtamente nicht ein einziges Wort davon, daß der älteſte Sohn des Teſtators und deſſen Deſcendenz einen bleibenden Vorzug nach Höhe von 500 Thlrn. —ſ —ſ vor ſeinen Brüdern und deren Deſcendenz erhalten ſolle, und in der That würde es unbegreiflich erſcheinen müſſen, warum eine ſo wichtige Verfügung, wenn ſie wirklich im Sinne des Teſtators lag, ſo gänzlich beſchwiegen worden wäre. Dunkle oder zweideutig gefaßte Stellen in einem Teſtamente können und ſollen zwar durch Erforſchung der muthmaaßlichen Abſicht des Teſtators ausgelegt werden, ſoweit aber zu gehen, daß in ein Teſtament, welches an ſich nicht zweideutig gefaßt iſt, eine weſentliche und folgereiche Dispoſition, welche darin nicht enthalten, mittelſt der Forſchung nach der Abſicht des Teſtators herein interpretirt werde, muß, wie überhaupt, ſo gerade hier den gerechteſten Bedenken unterliegen, und ſelbſt wenn volle zweifelloſe Gewißheit darüber vorhanden wäre, daß der Teſtator es im Sinne gehabt habe, die hinſichtlich des Vorzugs von 500 Thlrn. —ſ —ſ blos auf ſeinen Sohn gerichtete Verfügung im Teſtamente auch auf alle Deſcendenten ſeines Sohnes zu erſtrecken, würde in Frage zu ſtellen ſein, ob einer ſolchen ausgeſprochenen Abſicht die Kraft und Wirkung einer im Teſtamente ausgeſprochenen Verfügung beigelegt werden müßte und dürfte. Nur inſofern, als nach dem eignen Anführen der Kläger der im Teſtamente Ferdinand Johann Ludwig's Grafen zur Lippe mit einem Plus von 500 Thlrn. —ſ —ſ bevorzugte älteſte Sohn des Teſtators, Friedrich Ludwig (der Großvater des Beklagten), bereits am 17. März 1791, und der zweite Sohn des Teſtators, Karl Chriſtian (der Kläger Großvater), am 3. April 1808 verſtorben iſt, mithin während der 59 Jahre von 1791 bis 1850 die Jahresrente der 5000 Thlr. —ſ —ſ an Friedrich Ludwig's Deſcendenz und an Karl Chriſtian und reſp. deſſen männliche Nachkommen zu gleichen Hälften an 2500 Thlr. —ſ —ſ hätte verabfolgt werden ſollen, wenn man eine bleibende ungleiche Vertheilung in dem Teſtamente nicht angeordnet findet, gleichwohl dies nicht geſchehen, ſondern an den Stamm des Aelteſten, Friedrich Ludwig's, fortwährend 2750 Thlr. —ſ —ſ und an Karl Chriſtian, ſowie deſſen männliche Deſcendenz nur 2250 Thlr. —ſ —ſ, mithin jenem Stamme 500 Thlr. —ſ —ſ mehr, als dieſem, gezahlt worden ſind, könnte der Zweifel erhoben werden, ob nicht hierdurch das Teſtament eine von dem erkennenden Richter zu beachtende Uſualinterpretation erhalten habe. Zu einer dem Beklagten beifälligen Löſung dieſes Zweifels könnte man, wie offen vorliegt, nur dann gelangen, wenn anzunehmen wäre,

5.

es habe dem erſten Genußberechtigten, dem Urgroßvater beider Parteien, Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe, das Recht zugeſtanden, über die Vertheilung der Rente unter ſeiner Deſcendenz eine den Stamm des einen vor dem des andern Sohnes begünſtigende bleibende Anordnung, mit für alle folgende Mitglieder des verkürzten Stammes verbindender Wirkung, zu treffen, oder es habe ſich durch die factiſche ungleiche Vertheilung während eines ſo langen Zeitraums eine dem Geſetze gleich geltende Obſervanz gebildet.

Von der erſten Inſtanz Bl. — wird dies angenommen, von der zweiten aber Bl. — in Abrede, oder doch in Zweifel geſtellt, obgleich beide ſich dahin ausſprechen, daß die ſtreitige Jahresrente als eine Apanage zu betrachten und nach den darüber beſtehenden Rechtsgrundſätzen das Rechtsverhältniß der Apanageprätendenten zu beurtheilen ſei.

Der Beklagte ſcheint zwar an einigen Actenſtellen Bl. — damit, daß von den Klägern, ſowie von der Rentkammer zu Detmold, die fragliche Rente als Apanage der Gräflich Lippe-Weißenfeld'ſchen Linie bezeichnet wird, einverſtanden zu ſein; doch hat er in der Duplik Bl. — und in den Appellationsſchriften Bl. — zu beſtreiten geſucht, daß die im Vertrage von 1762 feſtgeſetzte Rente die Eigenſchaft einer wirklichen Apanage habe und nach den Grundſätzen über dieſes Inſtitut zu beurtheilen ſei, obwohl er an einer anderen Stelle Bl. — wieder einräumt, daß die Rente Apanagenqualität, ſolche jedoch erſt durch den Vertrag von 1772 erhalten habe. Die Fideicommißqualität der Rente giebt der Beklagte im erſten Verfahren Bl. —, doch zum Theil mit Behauptung einiger Modificationen, zu, beſtreitet ſie ſodann Bl. — und erkennt ſie hierauf Bl. — wieder unbedingt an. Ein Einverſtändniß der Par-

teien über die rechtliche Natur der streitigen Rente läßt sich hiernach nicht füglich annehmen. Bei der anderweiten Prüfung der aus den Acten sich ergebenden und zwischen den Parteien nicht streitigen thatsächlichen Verhältnisse aber hat die Ansicht der vorigen Urthelsverfasser, daß es sich hier um eine Apanage handle, vollkommen begründet erscheinen müssen.

Die Grafen zur Lippe-Biesterfeld und Weißenfeld sind Mitglieder einer thronfolgefähigen Nebenlinie des regierenden Hauses Lippe-Detmold.

s. Maurenbrecher, Staatsrecht, §. 133. Not. K. S. 220.

Als solche werden die beiden Brüder Friedrich Karl August und Ferdinand Johann Ludwig (der Urgroßvater der Parteien) in dem Vertrage vom 22. und 24. Mai 1762 von dem damals Regierenden, Simon August, anerkannt, und in dieser Eigenschaft schlossen sie mit dem Regierenden den Vergleich ab. Früher, bereits im Jahre 1627, war zwischen den beiden Grafen Herrmann Adolph (dem Vorfahren Simon August's) und Jobst Herrmann (von welchem Friedrich Karl August und Ferdinand Johann Ludwig abstammten) ein Interimisticum dahin getroffen worden, daß dem Grafen Jobst Herrmann der Nießbrauch gewisser Aemter und Güter eingeräumt wurde, welcher sodann auf dessen Descendenten, die beiden genannten Brüder Friedrich Karl August zu Biesterfeld und Ferdinand Johann Ludwig zu Weißenfeld, gelangte und von diesen in dem Vertrage von 1762 an den Regierenden gegen Zusicherung einer jährlichen Geldleistung von 15,000 Thlrn. —- —- abgetreten wurde, Bl. —. Schon hieraus ergiebt es sich, daß die der Nebenlinie der Nichtregierenden vorher zur Benutzung angewiesenen Aemter und Güter ein sogenanntes paragium ausmachten und die sodann anstatt dieses aufgegebenen paragium festgesetzte jährliche Geldleistung ein apanagium ist, dazu bestimmt, der nicht regierenden Linie ein Mittel zum Unterhalte zu gewähren. Damit harmonirt auch der übrige Inhalt des Vergleichs, in welchem diese Geldleistung eine jährliche Revenue genannt wird. Der Regierende bewilligte dieselbe seinen genannten beiden Vettern und deren ehelichen männlichen Erben — Descendenten, und zwar ohne Beschränkung auf die Söhne der beiden Vettern, sondern auch den entfernten Nachkommen, so lange eine eheliche männliche Posterität vorhanden sein würde. Die Revenue ward auf die Landrentei — also eine öffentliche Casse — unter besonderer Verpflichtung des Cassenbeamten, gewiesen und der Vergleich nicht nur von den Landständen der Grafschaft in vim legis patriae et sanctionis pragmaticae angenommen und bestätigt, sondern von denselben auch unter Verband und Verhypothecirung der Landesmittel Garantie für die Erfüllung zugesagt (s. die Urkunde vom 26. Mai 1768). Dabei ward — (was nicht wohl geschehen konnte und nicht geschehen sein würde, wenn man die jährliche Geldleistung blos als Abfindung für abgetretene Vermögensobjecte und für aufgegebene Ansprüche, oder wenn man sie blos als Zins eines Fideicommißcapitals betrachtet hätte) — für den Fall, wenn einmal die eheliche männliche Posterität der beiden Vettern abgehen sollte, von dem Regierenden sich der Rückfall vorbehalten. Ausdrücklich erkannte derselbe zugleich das eventuelle Recht seiner Vettern zur Succession in die Regierung an Bl. —, und beiderseits Paciscenten sprachen Bl. — die Ueberzeugung aus, daß durch diesen Vergleich beide gräfliche Häuser in beständige Freundschaft und gutes Vernehmen gesetzt worden seien. Die zu dem dabei angegebenen Zwecke: „damit die Grafen zur Lippe-Biesterfeld und Weißenfeld wegen der jährlichen Revenue desto gesicherter sein möchten", Bl. — von dem Regierenden geschehene Specialverpfändung gewisser Güter hat selbstverständlich keinen Einfluß auf die Beantwortung der Frage, ob die Revenue Apanagequalität habe. An solcher wird auch durch die im §. 6. getroffene Festsetzung nichts geändert, nach welcher den Grafen zur Lippe-Biesterfeld und Weißenfeld, dafern sie sich etwa anderwärts ansässig machen wollen, die Aufnahme eines Capitals unter dessen Anweisung auf den Hauptstuhl gestattet werde, doch mit der Bedingung, daß die neuacquirirten Immobilien zu ewigen Zeiten dem nexui fideicommissario auf gleiche Weise, wie der Hauptstuhl, unterworfen bleiben und die Acquirenten vor der Aufnahme des Capitals eine Verwendung desselben nachzuweisen haben, daß das fideicommissum familiae darunter gesichert bleibe und das zu acquirirende Gut dem Capitale aus dem Hauptstuhl surrogirt werde.

Diese Bestimmung alterirt offenbar nicht im Geringsten das den männlichen Mitgliedern der Biesterfeld-Weißenfeld'schen Nebenlinie im Vergleiche zugestandene Recht auf den Mitgenuß der bestimmten Geldleistung. Man erkannte an, daß die Objecte, durch welche die Nebenlinie hinsichtlich der ihnen zukommenden jährlichen Geldleistung gesichert waren, zu dem Gräflich Lippe'schen Familienfideicommisse gehören, und daß, wenn man es auch für statthaft hielt, darauf durch Aufnahme eines Capitals Behufs der Acquisition eines Gutes, eine Beschwerde zu übernehmen, dadurch doch keine wirkliche Veräußerung verhangen, sondern durch den Eintritt des zu

acquirirenden Gutes in den Fideicommißverband das Object ungeſchwächt erhalten werden ſollte. Ereignete ſich ein ſolcher Fall, ſo trat die Benutzung der neuacquirirenden Güter an die Stelle der jährlichen Geldleiſtung für die Nebenlinie und ihr apanagium verwandelte ſich wieder in ein paragium, auf welches den ferneren männlichen Nachkommen daſſelbe Recht zuſtand, was ihnen der Vertrag von 1762 auf die jährliche Geldleiſtung gewährt.

6.

Aus dem ad 5. ſo eben Entwickelten ergiebt ſich zuvörderſt, daß der Beklagte bei ſeiner Behauptung, es habe dem Urgroßvater der Parteien, Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe, das Recht zugeſtanden, eine ungleichmäßige Vertheilung der für die Weißenfeld'ſche Linie jährlich beſtimmten 5000 Thlr. —ſ —ſ anzuordnen, und Bl. — es ſtehe ſogar jedem ſeiner Söhne, Enkel, Urenkel und entfernteren Nachkommen frei, nicht nur ähnliche, ſondern ſelbſt ſolche Verfügungen zu treffen, wodurch des einen oder des andern Sohnes Nachkommenſchaft von der Genußberechtigung ganz ausgeſchloſſen würde, ſich auf eine dem Gräflich Lippe'ſchen Hauſe zukommende Autonomie vergeblich beruft. Iſt, wie von dem Beklagten ſelbſt Bl. — behauptet und in der landſtändiſchen Zuſtimmungsurkunde Bl. — anerkannt wird, der Vergleich von 1762. Bl. — ein Fundamental-, Landes- und Hausgeſetz des Gräflich Lippe'ſchen Hauſes, ſo wäre darüber, ob kraft der Autonomie daran etwas geändert werden konnte, Frage offenbar blos dann zu erheben, wenn nicht ein einzelnes Mitglied einer Nebenlinie, ſondern das Geſammthaus eine ſolche abändernde Satzung vorgenommen hätte. Soweit, daß auch jedes einzelne Mitglied eines Gräflichen Hauſes beliebig über die beſtehenden Hausgeſetze ſchalten und walten könne, iſt weder damals, noch je die ſogenannte Autonomie getrieben worden. Darauf, daß eine die ungleichmäßige Vertheilung der Apanage betreffende Verfügung die Genehmigung aller zu der Zeit lebenden Mitglieder des Hauſes oder doch des Regierenden erlangt habe, hat der Beklagte ſich zu beziehen nicht vermocht.

Aus gleichen Rückſichten kann auch daraus, daß während eines langen Zeitraums factiſch an die männliche Deſcendenz des von Ferdinand Johann Ludwig Grafen zur Lippe hinterlaſſenen älteſten Sohnes jährlich 500 Thlr. —ſ —ſ mehr, als den jüngeren Sohn, Karl Chriſtian, und deſſen Nachkommen abgegeben worden ſind, eine dieſe Verkürzung für alle künftige Zeiten ſanctionirende Familienobſervanz nicht gefolgert werden. Man pflegt ſolche einem ausdrücklichen Geſetze gleich zu ſtellen, weil daraus das ſtillſchweigende Einverſtändniß der Geſetzfactoren erkennbar ſei. Von einem ſolchen ſtillſchweigenden Einverſtändniſſe aller hierbei intereſſirten Theile läßt ſich aber ganz gewiß nur da reden, wo nachgewieſen iſt, daß alle Intereſſenten darum wußten, wie es factiſch gehalten ward, oder wo nach der Beſchaffenheit der Sache die Bekanntſchaft der Intereſſenten mit dem factiſchen Verfahren vorausgeſetzt werden muß. Zu den Intereſſenten bei einer Familienobſervanz, durch welche ein beſtehendes Hausgeſetz geändert werden ſoll, gehören aber eben ſo, wie dies bei einer ausdrücklichen Abänderung des Hausgeſetzes nöthig, alle Mitglieder der Familie, inſonderheit der Regierende des Hauſes. Daß dieſer von der Verkürzung Karl Chriſtian's und der Nachkommen deſſelben um jährlich 500 Thlr. —ſ —ſ unterrichtet und ſtillſchweigend damit einverſtanden geweſen ſei, iſt von dem Beklagten nicht angeführt worden. In der Beſcheidung der Fürſtlich Lippe'ſchen Rentkammer zu Detmold vom 2. Auguſt 1850 wird blos erwähnt, „die Gräflich Lippe-Weißenfeld'ſche Apanage der 5000 Thlr. —ſ —ſ werde nach letztwilliger Beſtimmung des Stifters der Gräflich Weißenfeld'ſchen Linie, des Grafen Ferdinand Johann Ludwig, von deren jedesmaligem Senior aus der Landrentei erhoben, und es habe davon, wie dieſe Apanage unter die Mitglieder der Gräflich Weißenfeld'ſchen Linie vertheilt werde, die Rentkammer keine Kenntniß". Iſt zwar hieraus anzunehmen, der Caſſenbeamte des regierenden Hauſes habe aus dem Teſtamente von 1772 erſehen können, daß Friedrich Auguſt Graf zur Lippe 500 Thlr. —ſ —ſ mehr, als ſein jüngerer Bruder, Karl Chriſtian, von der Apanage empfangen ſollte, ſo geht doch daraus nicht, als worauf es bei der Frage über die Obſervanz ankommt, hervor, ob darüber, wie es factiſch mit der Vertheilung der Apanage, und namentlich nach dem Tode des Grafen Friedrich Auguſt, gehalten worden iſt, der Regierende Kenntniß gehabt habe, vielmehr wird in dem Erlaſſe ſogar das Gegentheil verſichert.

Hierdurch erledigt ſich ein näheres Eingehen auf die von der vorigen Inſtanz Bl. — nicht mit Ja beantwortete Frage, ob dann, wenn von 1791 bis 1850 eine den jüngern Bruder, Karl Chriſtian, und deſſen Nachkommen um 500 Thlr. —ſ —ſ gegen die Nachkommen Friedrich Auguſt's verkürzende Vertheilung der Apanage, unter ſtillſchweigendem Einverſtändniſſe des damit bekannten Regierenden, factiſch ſtattgefunden hätte, daraus eine das Recht der Kläger aus dem Vertrage von 1762 ſchmälernde Obſervanz abzuleiten, oder blos ſo viel, daß diejenigen, welche ſich dieſe Schmälerung haben gefallen

laſſen, ſich nicht darüber beklagen könnten, oder auch dies nicht einmal anzunehmen ſein möchte.

Das über das eigene Recht der Kläger auf ungeſchmälerte Theilnahme an dem Genuſſe der Apanage oben ad 5. Nachgewieſene bringt es aber auch mit ſich, daß die Beantwortung der Frage, ob der Vater der Kläger, Herrmann, Erbe ſeines Vaters, Karl Chriſtian, und ob die Kläger Erben ihres Vaters geworden ſeien und die Erbſchaft angetreten haben, auf die Entſcheidung der vorliegenden Differenz einen Einfluß zu äußern nicht vermag.

Der Beklagte, welcher bei der vierten Einrede Bl. — die Klage um deswillen als mangelhaft bezeichnet, weil die Kläger den Antritt der Erbſchaft ihres Vaters nicht beſcheinigt hätten, behauptet damit im Widerſtreite Bl. —, daß die Kläger die Erben ihrer Vorfahren geworden, und daß ſie deshalb die Verfügungen und Anerkenntniſſe derſelben, mithin auch die das Teſtament von 1772 betreffende Agnitionserklärung Karl Chriſtian's Grafen zur Lippe, gegen ſich gelten zu laſſen verbunden ſeien.

Nach der Meinung der erſten Inſtanz Bl. — ſollen die Kläger, weil ſie Leibeserben eines der Söhne des Teſtators wären und auf einen Ausnahmegrund ſich nicht bezogen hätten, die Erklärungen ihres Erblaſſers anzuerkennen verpflichtet ſein. Es wird alſo nicht blos angenommen, daß dem Apanageberechtigten durch Handlungen oder Unterlaſſungen ſeines Vaters, wenn er deſſen Erbſchaft angetreten, der Anſpruch ganz oder zum Theil entzogen werden könne, ſondern es ſcheint ſogar eine Präſumtion dafür, daß der Leibeserbe — (der Deſcendent) — auch wirklich durch den Erbſchaftsantritt Erbe geworden ſei, geltend gemacht zu werden.

Von der zweiten Inſtanz dagegen wird Bl. —, und zwar, wie dies gleich hier zu erwähnen, mit vollem Grunde, ſich dahin ausgeſprochen, daß der Apanageberechtigte, weil er ſein Recht unmittelbar aus der urſprünglichen Stiftung, nicht von ſeinen nächſten Adſcendenten, herleite, die benachtheiligende Verfügung ſeines Vaters äußerſten Falles nur dann, wenn er deſſen Allodialerbe geworden wäre und die Erbſchaft angetreten hätte, anzuerkennen brauche, daß aber auch dies für die ſpäter eintretenden Apanageberechtigten keine Verbindlichkeit begründe.

Der Beklagte hat es in ſeiner neuern Deduction unverſucht gelaſſen, die Gründe der vorigen Inſtanz in dieſer Beziehung zu widerlegen, und die von ihm Bl. — berufene Refutationsſchrift Bl. — enthält nichts, wodurch die der Sache und den hier zu beachtenden Rechtsvorſchriften entſprechende Ausführung der Kläger Bl. — entkräftet würde.

(Schluß folgt in der nächſten Nummer.)

## Miscellen.

**Orden.** Se. Königl. Majeſtät haben dem Oberappellationsrath, Geheimenrath

Dr. Karl Fürchtegott Meißner,

zeitherigem Inhaber des Ritterkreuzes des Verdienſtordens, das Comthurkreuz II. Claſſe dieſes Ordens allergnädigſt zu verleihen geruht.

**Anſtellungen bei Patrimonialgerichten.** Der zu Verwaltung von Patrimonialgerichten im Allgemeinen verpflichtete Advocat Friedrich Guſtav Lorenz zu Hain iſt bei den Gerichten zu Zſchieſchen als ſtellvertretender Juſtitiar eingewieſen worden.

Der Advocat Guſtav Mehr zu Borna iſt als Verwalter der Gerichte zu Großhermsdorf eingewieſen worden.

Der zur Verwaltung von Patrimonialgerichten im Allgemeinen verpflichtete Advocat Wilhelm Ernſt Krauſe zu Dresden iſt als Verwalter der Gerichte zu Kleinnaundorf im Amtsbezirke Radeberg eingewieſen worden.

Der Advocat Auguſt Ruffini in Königsbrück iſt als Juſtitiar der Gerichte zu Schwepnitz und der Gerichte zu Coſel eingewieſen, ferner iſt der Advocat Karl Eduard Naumann in Camenz als Juſtitiar der Gerichte zu Milſtrich in Pflicht genommen und der Advocat Karl Moritz von Logau in Camenz als Juſtitiar der Gerichte zu Deutſch-Baſeliz eingewieſen worden.

Der Advocat Johann Friedrich Wilhelm Heutſchel in Pulsnitz iſt als Juſtitiar der Gerichte zu Skaske,

der Kloſterſyndicus Anton Spann in Panſchwitz bei Marienſtern als Juſtitiar der Gerichte zu Rädelwitz und

der Bürgermeiſter Advocat Karl Otto Leuthold in Pulsnitz als Juſtitiar der Gerichte zu Möhrsdorf in Pflicht genommen worden.

**Todesfälle.** Geſtorben: am 3. März 1854 der Königl. Sächſ. Oberpoſtdirector a. D. Chriſtian Gottlieb von Hüttner, Ritter mehrerer hohen Orden, in Leipzig; am 4. März 1854 der Advocat Guſtav Woldemar Kretſchmar in Zittau; am 9. März 1854 der Landgerichtsrath Dr. Franz Theodor Hauſchild in Pirna; am 28. März 1854 der emer. Rathsactuar und Advocat Gotthelf Friedrich Creuz in Dresden; am 9. April 1854 der emer. Juſtizamtmann Gottlieb Wilhelm Mintländer in Dresden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 24.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

Rechtsgrundsätze über apanagia, paragia, Familienobservanzen, Familienfideicommisse, und den Gerichtsstand der Mitglieder der Nebenlinien eines regierenden Hauses in ihren Rechtsstreitigkeiten unter einander.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

(Schluß des S. 184. abgebrochenen Rechtsfalles.)

Es handelt sich hier nicht um ein Lehn und es können daher die Grundsätze über die Verbindlichkeit des in das Lehn succedirenden Sohnes zu Anerkennung der Handlungen und Unterlassungen des Vaters hier nicht in Betracht kommen. Auch ein Familienfideicommiß im eigentlichen Sinne liegt nicht vor, wie sich dies aus den oben dargestellten Sachverhältnissen und besonders aus der Bestimmung wegen des Rückfalls in §. 5. des Vergleichs von 1762 ergiebt. Der Natur der Sache würde es durchaus widerstreiten, wollte man annehmen, das zur Succession in den ungeschmälerten antheiligen Genuß der durch das Hausgesetz geordneten Apanage, mithin proprio jure, nicht beneficio patris, berechtigte Mitglied der Nebenlinie müsse entweder auf die Allodialerbschaft seines Vaters verzichten, oder die Handlungen seines Vaters, wodurch eine Schmälerung der Apanage herbeigeführt wird, anerkennen. Das Recht auf die Apanage gehörte nicht zu der Erbschaft des Vaters; für ihn erlosch es mit seinem Tode, und der Sohn tritt auf Grund des von dem Anfalle und Antritte der väterlichen Erbschaft ganz unabhängigen, eigenen Rechtes in den Genuß der Apanage. Auch bei Familienfideicommissen muß die Meinung, daß der jeweilige Besitzer seinen durch die Stiftung berufenen Nachfolgern nichts entziehen dürfe und der Nachfolger, selbst wenn er des Vorgängers Allodialerbe geworden, dessen Handlungen nicht anzuerkennen brauche,

Runde, deutsches Privatrecht, §. 695.

Mittermaier, deutsches Privatr., 5. Aufl. §. 449.

für die der Theorie und der Natur der Sache nach richtigere gehalten werden,

von Salza und Lichtenau, die Lehre von den Familienfideicommissen, §. 82. S. 159.

und von den für die gegentheilige allerdings auch in der Praxis oft befolgte Ansicht geltend gemachten Gründen erscheint wenigstens der hauptsächlichste, von der Rücksicht auf die Sicherheit des Eigenthums entlehnte, unverkennbar bei der Frage über Entziehung oder Schmälerung von Apanagen ebensowenig eingreifend, als der Satz anwendbar, nondum natorum nulla sunt jura. Uebrigens würde, selbst wenn man dem Antritte der Erbschaft des Vaters die Wirkung beilegen wollte, der Sohn verpflichte sich dadurch, die Handlungen oder Erklärungen seines Vaters in Bezug auf die Apanagenberechtigung der männlichen Familienmitglieder anzuerkennen, es doch an allem Grunde fehlen, die Wirkung dieses Erbschaftsantritts weiter zu erstrecken, als auf den unmittelbaren Erben dessen, von dem eine solche Handlung, Erklärung oder Unterlassung ausging. Dem zu Folge würde, wenn auch Karl Christian Grafen zur Lippe Sohn, Herrmann (der Vater der Kläger), die Erbschaft seines Vaters angetreten, dies gegen Kläger blos um deswillen, weil sie ihres Vaters, des Grafen Herrmann, Allodialnachlaß angetreten hätten, als ein Grund ihrer Verbindlichkeit zum Anerkenntniß der die Apanage betreffenden Erklärung ihres Großvaters nicht geltend gemacht werden können.

Es war daher, obwohl der Beklagte, wie gedacht, exceptiviſch behauptet hat, Bl. — daß die Kläger Erben ihrer Vorfahren geworden ſeien, auch auf einen Beweis dieſer Behauptung, über welche ſich die Kläger nicht beſtimmt erklärt haben, nicht zu interloquiren, ſowie denn überhaupt dazu, dem Beklagten einen Ausfluchtsbeweis nachzulaſſen, kein Anlaß vorhanden iſt, indem der Beklagte ſolche thatſächliche Momente, durch deren Beweis die Ueberzeugung begründet werden könnte, es ſei die zur Beſchwerde gezogene ungleichmäßige Vertheilung der Apanage durch das Teſtament von 1772 oder ſonſt auf eine zu Recht beſtändige Weiſe in der Weißenfeld'ſchen Linie eingeführt worden, exceptiviſch nicht angeführt hat.

7.

Obwohl dem Vorſtehenden zu Folge reformatoriſch auf Verurtheilung des Beklagten in der Hauptſache zu erkennen war, ſo mußte es doch bei der ausgeſprochenen Compenſation der Proceßkoſten aus den bereits Bl. — dafür angeführten Gründen bleiben, denen noch der hinzutritt, daß dem Beklagten, wenn er ſich der Klage nicht ohne Weiteres fügte, die vorigen beiden Erkenntniſſe zur Seite ſtehen. Die Vergleichung der Appellationskoſten aber folgt überdies daraus, daß beide Parteien remedirt haben."

Ein unterm 28. Juli 1852 vom Oberappellationsgericht geſprochenes Urthel beſtätigte das vorige Erkenntniß comp. exp. aus folgenden Gründen:

„Das erſte Urthel in der gegenwärtigen Rechtsſache wies die Kläger in der angebrachten Maaße ab, die zweite Inſtanz beſtätigte dieſelbe Sentenz, jedoch aus ganz anderen Gründen, als denjenigen, wodurch der erſte Ausſpruch motivirt worden war. Die dritte Inſtanz dagegen hat auf Appellation der Kläger eine Verurtheilung in der Bl. — erſichtlichen Weiſe ausgeſprochen.

Das Urthel iſt am 29. April 1852 publicirt worden, am 8. Mai hat Beklagter dagegen das als Appellation anzuſehende Rechtsmittel ergriffen.

An der Zuläſſigkeit des Rechtsmittels iſt nicht zu zweifeln. In der Beurtheilung der Hauptſache hat man ſich auch bei nochmaliger ſorgfältiger Prüfung mit dem Ausſpruche der dritten Inſtanz einzuverſtehen gehabt.

Das Object dieſes Rechtsſtreites iſt die Modalität der Folge in eine Apanage. Daß das hier hinſichtlich dieſer Modalität ſtreitige Object als Apanage zu betrachten ſei, kann nicht bezweifelt werden; denn es handelt ſich hier um die Abfindung der Nachgeborenen eines alten, zum Dynastenadel Deutſchlands gehörigen Geſchlechts, welches bereits 1184 zu der hohen Ariſtokratie des Reichs deutſcher Nation gehörte und in lehnfreiem, reichsunmittelbarem Landbeſitze ſich befand, eine Eigenſchaft, welche die Grafen zur Lippe durch die Bewahrung des alten Titels „Edle Herren zur Lippe" fortwährend bezeichnen wollten, ſelbſt als ſie bereits mehrere Grafſchaften beſaßen.

m. vergl. Klüber, genealogiſches Handbuch, 1834. pag. 121.

Die Apanage ſoll da, wo die Primogenitur oder eine dieſer analoge Singularſucceſſion in Fürſtenthümer, Grafſchaften, Land und Leute, alſo beim hohen Adel, eintritt, den Nachgeborenen ſtandesmäßigen Unterhalt verſchaffen, mag ſie in Geldzahlungen oder in Benutzung und Ueberweiſung liegender Gründe (paragium) beſtehen.

m. vergl. Klüber, öffentliches Recht des deutſchen Bundes, §. 250.

Phillips, deutſches Privatrecht, II. Thl. pag. 340. 341.

Mittermaier, deutſches Recht, ed. V. §. 451.

Pütter, institutiones juris publici, pag. 502 sq.

Die Apanage hat nichts mit dem römiſchen Pflichttheile gemein, es kommt vielmehr bei ihr weder die Größe des Erbanſpruchs in Frage, noch iſt ſie abhängig von dem Tode einer Perſon, welche als Erblaſſer anzuſehen wäre.

m. vergl. Mittermaier, a. a. O. pag. 1034.

Runde, deutſches Recht, ed. VII. pag. 682.

Johann Jacob Moſer, deutſches Staatsrecht, XIV. Bl. pag. 487.

Die Apanage vererbt ſich als Abfindung wegen nicht eintretender Succeſſion der Nachgeborenen weder auf die Töchter, noch auf die Seitenverwandten, ſondern ſie fällt den Söhnen zu, endigt mit dem Tode des letzten männlichen Deſcendenten, eben ſo mit der Succeſſion des Apanagirten auf den Thron oder ſonſt in Land und Leute.

Dasjenige nun, was durch den „gräflich Lippe-Detmold- und Bieſterfeld'ſchen Vergleich in puncto primogeniturae d. d. Detmold, den 26. Mai 1762 feſtgeſetzt worden iſt, hinſichtlich der Abfindung der Nachgeborenen, hat alle weſentliche Merkmale einer wirklichen Apanage und iſt als ſolche zu betrachten.

Es handelte ſich um die Anerkennung der von Rudolph II. an Graf Simon VI. verliehenen Primogeniturordnung,

conf. Pfeffinger, vitriarius illustr., T. III. p. 1135.

und um Vergleichung der auch mit darüber vor den höchſten Reichsjuſtizſtellen geführten Rechtsſtreitigkeiten.

m. vergl. Klüber, genealogiſches Handbuch, p. 121.

Die Grafen Friedrich Karl August und Ferdinand Johann Ludwig cedirten der Hauptlinie Prätensionen und Rechte, wie sie fol. — und — Actor. in dem nicht in Zweifel gezogenen Vergleiche sich aufgeführt finden; es geschah diese Cession gegen Bedingung einer sicheren jährlichen Revenue, welche, und zwar 15,000 Thlr. —ˢ —ˢ, aus der Landrentei bezahlt werden sollte, es erfolgte die Vertheilung der Summe nach dem Verhältniß von 10,000 Thlrn. —ˢ —ˢ und 5000 Thlrn. —ˢ —ˢ, eben so ward eventuell der Rückfall an die regierende Linie festgestellt.

Der regierende Graf Simon August versprach, die kaiserliche Confirmation auszuwirken und die Landstände der Grafschaft zur Garantie dieses Vergleichs und dahin zu vermögen, denselben „als ein Fundamental-, Landes- und Hausgesetz anzunehmen, zu corroboriren und zu bestätigen". Letzteres geschah auch unter dem 26. Mai 1762. Die Landstände von Ritterschaft und Städten der Grafschaft Lippe bestätigten den Vergleich „in vim legis patriae et sanctionis pragmaticae" und übernahmen „die Garantie und Bürgschaft, versprachen auch, unter Verband und Verhypothecirung der Landesmittel, dafür zu haften".

Durch diesen Vergleich und diese Erklärung der Stände ward die Apanagefeststellung und die Modalität der Vertheilung derselben unzweifelhaft zu einem Hausgesetze der gräflich Lippe'schen Familie und somit zu einem Theile des öffentlichen Rechts. Als eine lex patria und sanctio pragmatica sollte jener Vergleich angesehen werden. Es ward ein Hausgesetz, welches theils die Thronfolge definitiv festsetzte, sofern der jüngeren Grafen Widersprüche auch gegen die Primogenitur beseitigt wurden, theils waren mit dieser Feststellung die damit im wesentlichen Zusammenhange stehenden nothwendigen Regelungen, wohin die Apanage gehört, verbunden.

Weder ein eigentliches Fideicommiß mit seinen juridischen Folgen, noch irgend eine der Privatdisposition und einseitiger Aenderung unterworfene Satzung ist in jenem Vergleiche, der Sache nach, zu finden.

Alle und jede Normen, welche für Apanagen gelten, müssen auch bei diesem Gesetze zur Geltung kommen.

Von ganz anderer Ansicht ging Ferdinand Johann Ludwig Graf und Edler Herr zur Lippe aus, als er unter dem 3. Juni 1772 das Bl. — ersichtliche Testament errichtete. Er nahm, wenn man von den dort getroffenen Dispositionen auf Ansicht und Meinung des Testators zurück schließt, die in dem pragmatischen Gesetz bestimmte Apanage und die Modalität hinsichtlich der Vertheilung derselben, als seiner Disposition insofern unterworfen an, als er willkürlich verfügte und selbst Personen zum Genuß, wenigstens zeitweiligen Genuß der Apanagengelder berief, welche wesentlich und durchaus davon ausgeschlossen waren. Andererseits aber suchte sich der Testator durch die erbetene Einwilligung der Söhne zu sichern, und so viel ist wenigstens gewiß, daß er über die Bedeutung und Wirkung des Vergleichs von 1762 nicht im Klaren war. Ueber die Frage: ob jener letzte Wille, wodurch er dem ältesten Sohne eine Bevorzugung zudachte, eine blos persönliche Bevorzugung enthalten habe, glaubt man jetzt weggehen zu können, weil nicht hierauf, wenigstens nicht hauptsächlich, die Bestätigung des vorigen Urthels gebaut wird.

So viel ist unter allen Umständen gewiß, daß der Testamentserrichter die Modalität der Folge in die Apanage durch einseitigen Willen nicht ändern konnte, und daß, wie weiter unten in Uebereinstimmung mit den vorigen Gründen zu bemerken sein wird, auch diese Erklärung der Söhne, sofern der Inhalt über ihre Person hinausgeht, eine Disposition über einen Gegenstand enthielt, der rechtlich gar nicht in den Kreis ihrer Dispositionsmöglichkeit gehörte. Es fragt sich aber, ob durch die langjährige Beobachtung der Vorschriften des mehrerwähnten Testaments ein autonomisches Produkt geschaffen worden sei, welches jenem mit Gesetzeskraft ausgerüsteten Vergleiche derogirt.

Das Recht der Autonomie kann dem hohen Adel nicht abgesprochen werden;

Bundesacte vom 8. Juni 1815. Art. 14. c. 2.

m. s. Mittermaier, deutsches Recht, pag. 87.

es besteht diese Autonomie in diesem Sinne in dem Rechte der Hausgesetzgebung.

m. s. Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, pag. 434. §. 227. 228.

Die Resultate dieser Autonomie gelten als Privatfürstenrecht und sind ein Theil des Staatsrechts, weil die Eigenthümlichkeiten des Privatrechts der regierenden Familien (Privatfürstenrecht) einzig und allein in der staatsrechtlichen Stellung dieser Familien ihren Grund haben.

Maurenbrecher, a. a. O. §. 1. not. c.

Darum gilt auch, wie bereits bemerkt, der Transact von 1762 als Hausgesetz und ist ein Theil des Staatsrechts.

Auf dergleichen Satzungen müssen aber dann auch weiter die übrigen Analogieen, welche sich aus der Rechtsbildung hernehmen lassen, anwendbar sein, und daher auch Observanzen und Gewohnheiten.

Auch sie können, wenn sie auf richtiger Basis ruhen, Theile dieser gültigen Hausgesetzgebung werden.

Dies auf den gegenwärtigen Fall angewendet, läßt sich in der fortgesetzten Vertheilung der Apanage in Consequenz des Testaments von 1772 keine vollendete, auf Gewohnheit und Observanz gegründete, privatfürstenrechtliche, also staatsrechtliche, Gesetzesnorm erblicken; denn bei solcher Rechtsbildung würde das Gesammthaus der fürstlich-gräflichen Familie Lippe ein rechtliches Interesse gehabt haben, eben weil es galt, einen Theil des geltenden Staatsrechts aufzuheben, den als „sanctio pragmatica“ und als „lex patria“ geltenden Transact abzuändern; daß aber namentlich das fürstliche Haus bei den factischen Vortheilen der Apanage in Gemäßheit des Testaments und nicht jener pragmatischen Sanction ganz außer aller Wirksamkeit blieb, mithin auch an der Bildung eines neuen Rechts nicht Theil nahm, ergiebt sich daraus, daß dem Senior der jüngeren Linie die Vertheilung überlassen blieb und die Rentei an diesen das Ganze zahlte. Handelte es sich darum, ob durch Gewohnheit eingeführt sei, daß der Senior zu vertheilen habe, und nicht die Rentei an Jeden auszahlen solle, so würde der ebengebrauchte Grund wegfallen, denn dabei concurrirte die fürstliche Linie durch ihre Rentei, davon mußte sie präsumtiv Notiz haben.

Aber um diese Frage handelt es sich nicht, diese ist nicht in Streit gezogen. Man hat daher demjenigen, was Bl. — über diesen Punkt gesagt worden ist, beizupflichten gehabt.

Was dagegen Bl. — von Appellantem vorgebracht worden, widerlegt sich durch Obiges, denn nirgends hat er sich auf Momente bezogen, welche hiernach die Grundlage zu einem Beweise einer Observanz oder eines Gewohnheitsrechts abgeben könnten.

Alles Bl. — in Anregung Gebrachte, bereits im ersten Verfahren Angezogene enthält, der eignen Darstellung des Appellanten zu Folge, dem rechtlichen Gesichtspunkte nach, nichts weiter, als der bereits bei den Acten befindliche Revers Bl. —. Es ist sonach dieses Vorbringen nicht geeignet, einen Ausspruch auf Beweis zu motiviren.

Neben der Frage über das mögliche Dasein einer gewohnheitsrechtlichen Grundlage liegt die über die etwa vorhandene Verbindlichkeit der Kläger, als Erben ihres Vaters.

Der Beklagte hat sich über die hier einschlagenden factischen Verhältnisse schwankend ausgesprochen (vergl. Bl. —).

Wie bereits Bl. — bemerkt worden ist, handelt es sich hier weder um ein Lehen, noch um ein Fideicommiß im eigentlichsten Sinne des Wortes, ebensowenig um die Bezahlung von Schulden, welche der Vorfahr contrahirte, sondern lediglich um eine Disposition, durch deren Inhalt für ein Hausgesetz eine andere Modalität eingeführt worden sein soll, denn darauf läuft der Inhalt des Testaments von 1772, dessen normirende Natur jetzt von dem Beklagten behauptet wird, hinaus.

Bekanntlich ist unter den Singularsuccessionen diejenige, welche in das Lehen geschieht, hinsichtlich der Descendenten des letztverstorbenen Vasallen am meisten ihrer eigentlichen Natur entfremdet und dem civilrechtlichen Wesen am nächsten gebracht worden.

II. Feud. XLV.

Bei Fideicommissen ist so viel gewiß, daß auch der Descendent in das Fideicommiß folgen und die Erbschaft des Abscendenten ausschlagen könne.

Mittermaier, deutsches Recht, §. 449. p. 1028.

Runde, deutsches Privatrecht, ed. VII. p. 708.

Die Frage, ob Descendenten, wenn sie Erben der Abscendenten geworden sind, die Schulden aus dem Fideicommiß bezahlen oder sonstige Dispositionen anzuerkennen haben, mag als streitig betrachtet werden, obgleich für die Verneinung selbst dieser Frage von jeher Viele sich ausgesprochen haben und allerdings diese Ansicht der Natur der Fideicommisse weit mehr entspricht, als die gegentheilige Meinung.

m. vergl. Mittermaier, deutsches Recht, pag. 1028. §. 449. ad I. not. 5. und die daselbst citirten Autoren, namentlich

Nettelbladt, de successore ex pacto et providentia majorum ad facta ultimi defuncti, licet ejus heres sit, praestando, non obligato, pag. 21. und 22 flg. (Hal. Salic. 1754. 4.) in Nettelbl. exercit. acad.

Ob nun gleich die Anerkennung einer solchen Verbindlichkeit bei Fideicommissen sich mehr den bei Lehen geltenden Grundsätzen (II. Feud. XLV.) nähert, so ist dies doch am wenigsten noch weiter auszudehnen auf die in einer Familie des hohen Adels durch Haus- und Landesgesetz privatfürstenrechtlich festgestellte Apanage und deren Vertheilungsmodalität, eben weil diese Apanagenfeststellung als ein Theil des jus publicum zu betrachten ist, über welches durch einseitige Dispositionen durchaus nicht verfügt werden darf, soweit dies die Satzung nicht selbst zuläßt.

Wenn die civilrechtlichen Grundsätze von der Erbschaft und dem Verhältnisse des Erben hier nicht zur Anwendung kommen, so liegt dies in dem ganz verschiedenen Grunde der Civilsuccession und dem Anfalle einer Apanage nach Maaßgabe eines Hausgesetzes. Denn während das Erbrecht eine Repräsentation des Erblassers durch die Erben als Wesen anerkennt und dadurch die Verbindlichkeiten, welche dem succedirenden Erben obliegen, selbst in unbe-

ſtimmter Reihe der ferneren Erben des Erben als fortgeſetzt betrachtet, verhält ſich dies in einem Falle, wie der vorliegende, ganz entgegengeſetzt; es findet nämlich hier nie eine Repräſentation eines Erblaſſers ſtatt, und wenn der Erbe eine ſolche Dispoſition anerkennt, ſo iſt dies eine auf ſeine Perſon beſchränkte verbindliche Handlung, nicht aber eine Folge der Erbeigenſchaft.

Der Vergleich, wodurch die Apanageangelegenheit für das Geſammthaus der Grafen und Edlen Herren zur Lippe geſetzlich geregelt und feſtgeſtellt ward, ſteht ganz außer der Kategorie, innerhalb welcher von dem Teſtator verfügt werden durfte. Erkannten die Söhne dieſe Verfügung an, ſo liegt hierin ein nur ſie allein bindendes Verſprechen. Die Erbeigenſchaft, ſei es teſtamentariſche oder geſetzliche, tritt für die ferneren Folgen in die Apanage nicht ein, vielmehr empfangen dieſe jene hausgeſetzlich feſtgeſtellte Abfindung in rechtlicher Beziehung immer aus jener hausgeſetzlichen Dispoſition unmittelbar.

Man hat ſich daher auch aus dieſem Grunde mit dem einzuverſtehen gehabt, was Bl. — (im Urthel dritter Inſtanz) geſagt worden iſt."

---

## 45.

**Die Behauptung des Beklagten, er habe den Kauf, auf deſſen Erfüllung geklagt wird, nicht als Käufer, ſondern als Bevollmächtigter einer dritten Perſon abgeſchloſſen, iſt keine Exception, ſondern geleugneter Klaggrund.**

Mitgetheilt von

Herrn **M. v. A.** in L.

Im November 1852 erhob Z. gegen T. bei dem Königl. Landgerichte zu L. Klage auf Erfüllung eines angeblich zwiſchen beiden Theilen abgeſchloſſenen Hauskaufes. Beklagter leugnete in der Einlaſſung, daß er den beregten Kaufvertrag als Käufer abgeſchloſſen habe, indem er behauptete: wie er lediglich als Bevollmächtigter einer dritten Perſon dieſen Abſchluß getroffen, dies auch dem Gegner hierbei mitgetheilt habe. Gleichzeitig acceptirte er den über den Klaggrund angetragenen Eid.

In dem Beſcheide erſter Inſtanz vom 1. Februar 1853 wurde in der Behauptung, Beklagter habe nicht als Selbſtkäufer, ſondern als Bevollmächtigter einer dritten Perſon den Handel abgeſchloſſen, einfach und ohne weitere Begründung eine Einrede erkannt und auf deren Beweis erkannt.

Dieſe Beſcheidung fand in dem auf die Appellation des Beklagten erlangten Erkenntniſſe des Königl. Appellationsgerichts zu Budiſſin vom 4. Juli 1853 Beſtätigung aus folgenden Gründen:

„Der Anſicht des Beklagten, daß in ſeiner Erklärung Bl. — nur eine Erläuterung des geleugneten Klaggrundes enthalten und deshalb die Entſcheidung der Sache von dem über letzteren angetragenen und Bl. — ausdrücklich angenommenen Eide abhängig zu machen ſei, hat auch das Königl. Appellationsgericht nicht beizupflichten vermocht.

Beklagter ſucht dieſe Anſicht mit der Behauptung zu begründen, daß er ein ganz anderes, als das in der Klage angeführte Rechtsgeſchäft zugeſtanden habe, denn nach letzterer ſolle er ſelbſt das klägeriſche Grundſtück gekauft haben, nach ſeiner Angabe Bl. — aber ſei die verehel. B. die Käuferin und er nur als deren Mandatar beim Abſchluſſe des Kaufes betheiligt geweſen. Allein, wenn auch die Verneinung der vom Gegner vorgebrachten Thatſachen auf zweifache Weiſe, nämlich entweder durch einen einfachen Widerſpruch (negatio simplex) oder durch Behauptung einer entgegengeſetzten Thatſache (negatio per positionem alterius) geſchehen kann, ſo iſt doch in dieſem letzteren Falle ein die Verbindlichkeit zur Beweisführung für den Gegner bedingendes Leugnen nur dann vorhanden, wenn einander ausſchließende Thatſachen ſich gegenüber geſtellt worden ſind, in der Behauptung einer ſolchen entgegengeſetzten Thatſache alſo zugleich eine einfache Verneinung des gegentheiligen Anführens liegen muß.

Bezieht ſich dagegen der Beklagte auf eine Thatſache, welche auch neben den vom Kläger in ſeiner Klage angeführten Thatſachen beſtehen kann, und nur dazu dienen würde, die rechtlichen Wirkungen dieſer letzteren auszuſchließen oder wieder aufzuheben, ſo hat er deshalb den Klaggrund nicht geleugnet, ſondern excipirt, d. h. Thatſachen zu ſeiner Rechtsvertheidigung geltend gemacht, welche, da ihre Exiſtenz nicht vorausgeſetzt werden kann, von ihm bewieſen werden müſſen, ſofern die vom Kläger behaupteten Thatumſtände eingeräumt oder dargethan werden.

vergl. Schneider, in der Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung, Bd. IX. S. 14.

Rizy, Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilproceſſe, S. 50. 197.

Der Beklagte hat nun Bl. — zugegeben, daß am 16. September 1852 bei dem Kläger Kaufsunterhandlungen zwiſchen ihm und Letzteren ſtattgefunden haben, daß auch infolge dieſer Unterhandlungen noch an demſelben Tage ein Kauf über das Grundſtück des Klägers abgeſchloſſen und dabei eine

Kaufsumme von 370 Thlrn. —/—/ festgesetzt worden sei.

Solche Thatsachen würden den Anspruch des Klägers auf Erfüllung des streitigen Kaufes gegen den Beklagten selbst dann rechtfertigen, wenn derselbe diesen Vertrag zwar im Auftrage der verehel. B. verhandelt, dem Kläger jedoch von diesem Auftragsverhältnisse etwas nicht mitgetheilt hätte. Daß letzteres von ihm geschehen und das bezügliche Grundstück ausdrücklich im Namen der verehel. B. von ihm erkauft worden sei, ist eine selbstständige thatsächliche Behauptung des Beklagten, welche die Richtigkeit der vom Kläger angeführten und vom Beklagten auch bereits eingeräumten Thatsachen keineswegs ausschließt, sondern im Gegentheil eben nur dazu dienen kann und soll, den rechtlichen Erfolg auszuschließen, welchen ohne sie die eingeräumten, einen völlig abgeschlossenen Vertrag involvirenden Umstände für Klägern und Beklagten gehabt haben würden.

Schneider, l. c. Bd. X. S. 344.

Siebenhaar, ebend. S. 19.

Diese Ansicht tritt auch nicht in Widerspruch mit dem Grundsatze, welcher in neuerer Zeit von den höhern sächsischen Spruchbehörden in den Fällen angewendet wird, wenn der Beklagte den libellirten Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangen zu sein behauptet.

Denn wenn in solchen Fällen ein Leugnen des Klaggrundes angenommen wird, so beruht dies nicht etwa auf der Vorstellung, daß der Beklagte ein anderes als das behauptete Geschäft zugebe, sondern darauf, daß er den definitiven Abschluß des geklagten Vertrages verneine, indem nach civilrechtlichen Grundsätzen ein Vertrag, welcher nur unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden ist, nicht als ein vollendeter, perfecter Vertrag, dessen es zur Entstehung des Klagrechtes doch bedarf, angesehen werden kann.

Mit Recht ist also von der vorigen Instanz auf Beweis der in Beklagtens Anführen Bl. — zu erblickenden Ausflucht erkannt worden, und ist deshalb der Bescheid in der Hauptsache zu bestätigen gewesen.

Da die Entscheidung der Sache keinem erheblichen Zweifel unterliegt, so hat sich auch keine Veranlassung zur Compensation der Kosten erster oder zweiter Instanz erblicken lassen."

Auf nochmalige Appellation des Beklagten wurde dagegen durch Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 18. Januar 1854 reformatorisch dem Letzteren die Leistung des über den Klaggrund deferirten, von ihm wie obbemerkt angenommenen Eides zuerkannt, aus folgenden Rationen:

„Nach den ausdrücklichen und klaren Worten der hier in Frage begriffenen, lediglich auf den Eidesantrag gestützten Klage kann kein Zweifel darüber vorwalten, daß der Grund derselben lediglich in den Worten der Klage Bl. — beruht:

„daß am 16. September 1852 in Klägers Wohnung sich zwischen Klägerm und Beklagtem nach längeren Verhandlungen dahin geeinigt worden sei, daß Kläger ihm — dem Beklagten selbst — das bezeichnete Grundstück verkauft habe".

Bei der Einlassung zum 3ten, 5ten und 6ten Abschnitte Bl. — ist eben diese Thatsache von dem Beklagten bestimmt und schlechterdings geleugnet, auch der darüber angetragene Eid Bl. — ausdrücklich angenommen worden, und es ist kein rechtlich haltbarer Grund in den Acten vorliegend, aus welchem dem Beklagten die Zulassung zu diesem vom Kläger selbst angetragenen Eide versagt werden dürfte.

Was Bl — von Beklagtem, neben der bestimmten Ableugnung des gleichbezeichneten, wirklichen Klaggrundes, hinsichtlich einer anderen Verhandlung geschichtlich angeführt worden, kann die ganz bestimmte Ableugnung hinsichtlich der vom Kläger wirklich angeführten und behaupteten Thatsache in keiner Weise beeinträchtigen und in keiner Hinsicht als verändert darstellen, je weniger auch darin auf der einen Seite an sich ein Widerspruch gegen das in der Einlassung bewirkte, bestimmte Ableugnen enthalten ist, und je mehr auf der andern Seite die Behauptung eines Verkaufs an Beklagten selbst offenbar eine ganz andere ist, als die eines solchen Verkaufs an eine dritte Person, abgesehen noch davon, daß auch Kläger selbst in seiner Replik nicht im Mindesten Etwas vorgebracht hat, wodurch die Ansicht über den wirklichen Klaggrund irgend modificirt erscheinen könnte. Der Grund der gegenwärtigen Klage, so wie derselbe in der That vorliegt, ist und bleibt unbedingt geleugnet, und demnach die Zulassung Beklagtens zu dem angetragenen und angenommenen Eide begründet.

Die Kosten der ersten Instanz haben bei dieser Lage der Sache für den Fall der Eidesleistung nothwendig dem Kläger zufallen müssen, während hingegen, bei dem Wechsel der Ansichten, die übrige Compensation als angemessen sich darstellt."

## 46.

**Extrajudicialien in reinen Verwaltungssachen dürfen nicht mit den Kosten der Verwaltungsbehörden zugleich executivisch beigetrieben werden, sondern sind nach vorgängiger Feststellung besonders einzuklagen.**

Mitgetheilt von
Herrn E. F. in D.

Hierüber hat sich das K. Ministerium des Innern in einer Verordnung vom 1. October 1844 in folgender Weise ausgesprochen:

„Der von dem Advocat X. gegen Abschlagung seines bei dem Stadtrathe zu D. gestellten Antrages, daß der Betrag gewisser, in einer Verwaltungssache in Ansatz gebrachter Extrajudicialien nach deren vorgängiger Feststellung mit den Rathskosten zugleich in eben der Maaße eingebracht werden möge, wie solches durch das Gesetz vom 14. Mai 1840 in Ansehung der Advocatengebühren in Rechtssachen vorgeschrieben sei, nach Bl. — eingewendete Recurs, worüber die Kreisdirection zu D. unterm — Bericht erstattet hat, ist vom Ministerium des Innern verworfen worden; ebenso hat dasselbe Bedenken getragen, dem Antrage weitere Folge zu geben, daß wenigstens für die Zukunft die Beitreibung der Sachwaltergebühren auch in Verwaltungssachen durch die Behörde, vor der sie anhängig gewesen, mit den Gerichtskosten auf Antrag des Sachwalters mittelst besonderer Verordnung allgemein angeordnet werden möge.

Zu Motivirung dieser Resolution ist unter Bezugnahme auf die Verordnung der Kreisdirection Bl. —*) noch Folgendes zu bemerken:

Es fällt nämlich bei den Deserviten eines Sachwalters in reinen Verwaltungssachen der Grund hinweg, welcher der Verordnung des Justizministeriums vom 1. Juli 1840 (Gesetz- und Verordnungsblatt, 12. Stück, no. 57. p. 166.) wegen der von Sachwaltern liquidirten Kosten und deren Beitreibung unterliegt, nämlich die Bestimmung des Gesetzes vom 14. Mai 1840, daß die Sachwalter ihre Kosten bei deren Verlust (soweit nicht die Verläge aus den Acten sich ergeben) bis zu einem bestimmten Termine zu den Acten liquidiren und der Moderation des Richters unterwerfen müssen. Zu einer solchen Feststellung der Kosten würden in reinen Verwaltungssachen in manchen Fällen die Behörden, z. B. Stadträthe, welche kein juristisch befähigtes Mitglied besitzen, nicht einmal geeignet erscheinen und daher die Sachwalter in solchen Fällen wegen Feststellung der Kosten sich zuvor an die Oberbehörde zu wenden haben. Ebensowenig kann, wenn man auf die Motiven zurückgeht, welche die Erlassung der Verordnung vom 1. Juli 1840 zur Folge gehabt haben, der Inhalt der ständischen Schrift vom 15. Juni 1840 (Landtagsacten von 1840. Abthl. 1. Bd. 2. pag. 368.), welche die Veranlassung zu der gedachten Verordnung gegeben hat, für die Anwendbarkeit des Inhalts dieser letzteren auf Sachwaltergebühren in reinen Verwaltungssachen angezogen werden, indem dieselbe lediglich auf die Advocatengebühren, deren in dem Gesetz vom 14. Mai 1840 Erwähnung geschieht, und auf die Nothwendigkeit Bezug nimmt, etwas für die Sicherstellung der liquidirten und richterlich festgesetzten Advocatengebühren zu thun, auch in dem betreffenden Theile des Antrags nur „des Gerichts" und „des Proceßgerichts" gedenkt, woraus allenthalben erhellt, daß man dabei die Advocatengebühren in reinen Verwaltungssachen nicht vor Augen gehabt habe. Es wird unter diesen Umständen rücksichtlich dieser vielmehr ebenso bei dem, was zeither bestanden, sein Bewenden haben müssen, wie dies hinsichtlich der Sachwaltergebühren in außergerichtlichen Angelegenheiten der Fall ist, bei denen so wenig das Gesetz vom 14. Mai 1840, als die Verordnung vom 1. Juli 1840 Anwendung leidet" ꝛc.

*) In dieser Verordnung hatte die K. Kreisdirection zu D. den Recurs wider die abfällige Bescheidung der ersten Instanz auf oberwähnten Antrag aus den in dem Berichte des Stadtraths bemerkten Gründen, welche in den dort angezogenen gesetzlichen Vorschriften ihre vollkommene Rechtfertigung finden, verworfen.

---

# Miscellen.

**Anstellungen, Ernennungen, Entlassungen ꝛc.**

Se. Königliche Majestät haben

a.

die Stelle des Directors des königlichen Landgerichts Borna dem zeitherigen Vorstand des Justizamts Rochlitz, Justizamtmann August Adolph Wilhelm Köllner,

zu übertragen, und als Gerichtsräthe

den zeitherigen Gerichtsrath beim Stadtgericht Dresden, Stadtrichter Johann Georg Burckhardt,

den Patrimonialgerichtsverwalter Advocat Karl Wilhelm Gebert zu Borna und

den Stadtrichter, Gerichtsverwalter Advocat Theodor Adolph Engel daselbst

bei demselben Landgericht anzustellen, ferner

b.

den Director des Stadtgerichts Dresden, Appellationsrath Karl Heinrich Pietsch, mit Belassung seines Titels und Ranges,

zum Director des Landgerichts Pirna, und

den Justizamtmann Dr. Franz Theodor Hauschild zu Pirna (immittelst verstorben; s. oben S. 184.),
den Stadtrichter Gustav Adolph Abendroth daselbst und
den Justitiar des königlichen Gerichts zu Jöhstadt, Herrmann Ewald Gareis,
zu Gerichtsräthen beim Landgericht Pirna zu ernennen, ingleichen

c.

den Appellationsrath beim Appellationsgericht zu Dresden,
Franz Ferdinand Wilke,
ebenfalls unter Belassung seines zeitherigen Titels und Ranges, für die Stelle des Directors, und
die Assessoren Traugott Eduard Schaufuß beim Appellationsgericht zu Zwickau und Bernhard Gottlob Schmidt beim Appellationsgericht zu Leipzig, sowie
den Actuar beim Stadtgericht Dresden, Paul Einert,
zu Gerichtsräthen beim Stadtgericht Dresden zu bestimmen, auch

d.

dem Appellationsrathe beim Appellationsgericht zu Dresden,
Friedrich Gottlob Schwäbe,
gleichfalls mit Beibehaltung seines Titels und Ranges, die Stelle des Directors des Landgerichts Freiberg zu übertragen, und
den Gerichtsrath beim Stadtgericht Dresden, Dr. Julius Heinrich Mannfeld,
den Assessor beim Landgericht Eibenstock, Johann Gottlieb Benjamin Richter,
den Gerichtsverwalter Advocat George Konstantin Glöckner zu Freiberg und
den Actuar bei dasigem Kreisamte, Hermann Schwedler,
zu Gerichtsräthen bei diesem Landgericht zu ernennen gnädigst geruhet.

Weiter haben Allerhöchstdieselben

e.

dem Vorstande des Kreisamts Freiberg, Kreisamtmann Wilhelm Adolph Herold, und

f.

dem Vorstande des Justizamts Borna, Justizamtmann Wilhelm Eduard Wimmer,
die Stelle des Justizamtmanns, ersterem beim Justizamte Adorf, letzterem beim Justizamte Rochlitz, zu übertragen, nicht minder

g.

den Actuar beim Landgericht Dresden,
Friedrich August Drewitz,
zum Justitiar des königl. Gerichts zu Jöhstadt zu befördern, auch

h.

den Gerichtsrath beim Stadtgericht Dresden,
Gustav Wilhelm Hammer,
zum Landgericht Eibenstock zu versetzen Sich bewogen gefunden, endlich aber noch

i.

huldreichst genehmiget, daß der zeitherige Dirigent des Justizamts Adorf,
Justizamtmann Emil Julius Konstantin Ludwig,
bis auf Weiteres zur Aushülfe bei dem Appellationsgericht zu Zwickau verwendet werde.

Se. Majestät der König haben den Oberappellationsrath
Friedrich Robert von Criegern, unter Ernennung zum Geheimen Justizrathe, beim Justiz-Ministerium anzustellen, auch die Appellationsräthe
Gustav Friedrich Theodor von König beim Appellationsgericht zu Leipzig und
Dr. Louis Friedrich Oskar Schwarze beim Appellationsgericht zu Dresden zu Oberappellationsräthen zu ernennen, ferner den vorherigen Klostersyndikus und Gerichtsverwalter,
Advocat Karl Friedrich Domsch zu Budissin als Appellationsrath bei dem Appellationsgericht zu Budissin anzustellen gnädigst geruhet.

Se. Königliche Majestät haben den Ober-Post-Rath, Hauptmann v. d. A., Karl Eduard Pönitz, auf Ansuchen vom 1. April 1854 an mit Belassung seines Titels und Ranges als Ober-Post-Rath und mit dem Bezuge der gesetzlichen Pension in Ruhestand allergnädigst zu versetzen geruhet.

Se. Königliche Majestät haben den dermaligen, zugleich als Seiten der Regierung ernanntes Mitglied des löbau-zittauer Eisenbahn-Directoriums fungirenden Postmeister und Rechtscandidaten, Ernst Robert Ehrt zu Zittau, zum Ober-Post-Rathe und Mitgliede der Ober-Post-Direction zu Leipzig allergnädigst zu ernennen geruhet.

Se. Majestät der König haben Allergnädigst geruht, die Referendare,
Otto Kuhn bei dem Ministerium des Innern,
Ernst August Hellmuth von Kiesenwetter bei der Kreisdirection zu Leipzig,
Cäsar Hermann Vater bei der Kreisdirection zu Zwickau und
Georg Curt von Einsiedel bei der Kreisdirection zu Leipzig
zu Supernumerar-Regierungsräthen zu ernennen.

Se. Königliche Majestät haben dem
Oberappellationsgerichts-Vicepräsidenten Dr. Gustav Samuel Theodor Baumgarten-Crusius und
dem Oberappellationsrathe, Geheimenrath Dr. Karl Fürchtegott Meißner
die nachgesuchte Entlassung aus dem Staatsdienste mit der gesetzlichen Pension, unter Belassung ihres Titels und Ranges, zu bewilligen gnädigst geruht.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 25.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 47.

**Vom Rechte der Benutzung des Bachwassers. — Ist zu einer ausschließlichen solchen Benutzung, insbesondere dem Besitzer einer unterhalb belegenen Bachmühle gegenüber, ein specieller Erwerbsgrund erforderlich?**

Mitgetheilt von
Herrn Dr. **B. E.** in Weimar.

Im November 1842 klagte der Procurator des Großherzogl. S. Kammerfiscus wider den Mühlenbesitzer Gottlieb K. zu R., daß Beklagter das Recht des Kammergutes zu E. zu der Bewässerung der sogen. Frauenwiese anzuerkennen und jeder Störung dieses Rechtes bei 20 Thalern Strafe sich zu enthalten habe.

Der Kläger bezog sich darauf, daß die zu dem Kammergute E. gehörige Frauenwiese in verschiedenen Richtungen von einem Wassergraben durchschnitten und das in diesem Graben fließende Wasser seit vierzig und mehreren Jahren, vom Jahre 1840 zurückgerechnet, von den Pächtern des Kammergutes zur Bewässerung der gedachten Wiese benutzt werde, indem in jenem Graben an einer Krümmung desselben eine Schleuße angebracht sei, mittelst welcher ein Bewässerungsgraben abgeleitet worden, und erklärte, daß der Fiscus für das Kammergut das Recht der Wiesenbewässerung durch Verjährung erworben habe.

Nachdem der Beklagte diese Erwerbung durch Verjährung durch den Kläger in Abrede gestellt und mit Berufung auf die Beschaffenheit und auf die Natur des in Frage stehenden Wassers zu zeigen versucht hatte, daß die Erfordernisse einer Verjährung nicht vorhanden seien, auch sein eigenes Recht, indem er für die Mühle der Kammer einen Erbzins gebe, nicht gestört werden könne, ertheilte nach gepflogenen Verhandlungen das Justizamt Weimar den Bescheid:

> daß, da Beklagter den Grund der Klage zur Genüge zugestanden, daneben aber eingewendet habe, daß er die streitige Wiesenwässerung nach Vertrag und Verjährung zu hindern ein Recht erworben, der Beklagte schuldig sei, solches binnen dreißig Tagen zu beweisen.

„Daß" — sagen die diesem Bescheide beigefügten Motive — „mit den wenigen Zugeständnissen bei den Abschnitten — — der Einlassung der Klaggrund als eingeräumt erachtet worden ist, hat darin seinen Grund, daß das Justizamt jeden Eigenthümer eines Grundstücks im Allgemeinen für berechtigt hält, das durch das Grundstück fließende Wasser, welches für öffentliche Zwecke nicht bestimmt ist, zu Bewässerung des Grundstücks zu nutzen, sofern ein Widerspruchsrecht nicht aus besondern Gründen dagegen geltend gemacht werden kann. Die Theorie, welche Beklagtens Sachwalter, Bl. —, den Irrthum des Klägers, welcher das Wässerungsrecht erst durch Verjährung begründen zu müssen glaubt, wohl benutzend, über die Rechte an dem fließenden Wasser dahin aufgestellt hat, daß für das Wässerungsrecht noch ein anderer Titel als die Occupation des fließenden Wassers und die Zubehörigkeit des Privatbachs zu dem Grundstücke erforderlich sei, ist unrichtig.

Beklagtens Sachwalter nämlich sucht den Satz streng und ausnahmlos durchzuführen, die aqua profluens sei eine res extra commercium, und es gehe daher nicht, daß Kläger „„das Reich der freien Amphitrite schließe wie sein eigenes Haus"". —

Allerdings beſteht der Grundſatz, daß die res extra commercium — wozu die Römer aber nur liberi homines, loci sacri und publici zählen — nicht in den Privatverkehr gezogen werden können,

§. 4. J. de legat. 2. 20. l. 4. 6. D. de contrab. emt. 18. 1.

wie denn auch die meiſten Rechtslehrer die res communes und publicae als Unterarten der in der Haupteintheilung begriffenen res extra commercium aufſtellen, und die aqua profluens zu den res omnium communes gezählt wird. Ob dieſe Unterordnung richtig iſt, und nicht vielmehr eine Nebeneinanderſtellung der Begriffe ſtattfinden ſollte, bleibt dahingeſtellt; jedenfalls aber iſt der hieraus abgeleitete Schluß falſch, daß die communes und publicae als Unterarten ebenfalls ſchlechthin extra commercium ſeien, denn die communes können ja theilweiſe occupirt

l. 6. pr. l. 10. D. de divis. rer. 1. 8. l. 1. §. 18. D. de operis novi nunciat. 39. 1. l. 30. §. 4. D. de acquir. rer. domin. 41. 1.

und die publicae, wie wir gleich ſehen werden, von dem Regenten vergeben und verliehen werden. Das extra commercium hat alſo ſeine Ausnahmen, welche nicht überſehen werden dürfen.

Unterſucht man nun insbeſondere die rechtliche Natur der aqua profluens, ſo findet man ſie

I.

wirklich extra commercium, ſoweit ſie dem usus publicus, öffentlichen Zwecken, dient, z. B. der Schifffahrt, den öffentlichen Waſſerleitungen u. ſ. w., und hier iſt eine dieſen Zwecken nachtheilige Anmaaßung bei ſchweren Strafen verboten.

Tott. titt. D. 43, 12. de fluminib. etc. 13. ne quid in flumine, 14. ut in flumine publ. tit. C. 11. 42. de aquaeductu. (Die Meinung des Labeo §. 11. D. de fluminib. wird von öffentlichen Zwecken außer der Schifffahrt zu verſtehen ſein. cfr. §. 18. eod.)

In dieſem Sinne werden die flumina publica genannt; mitunter heißen aber auch ſchon diejenigen publica, welche offen und immer fließen,

l. 1. §. 3. l. 3. pr. D. de fluminib. 43. 12.

während das offenbare flumen privatum aber doch auch wieder als fluens und perenne gedacht wird.

l. 1. §. 5. 6. D. de aqua quotidiana 43. 20.

Die aqua profluens iſt

II.

communis omnium, zu Jedermanns Gebrauche.

§. 1. J. de rer. divisione 2. 1. l. 2. §. 1. D. de divisione rer. 1. 8.

Von Bedeutung für unſern Rechtsfall iſt hier, daß, wie ſchon im Begriffe liegt und die oben angezogenen Geſetze nachlaſſen, die Occupation erlaubt und nirgends eine Beſchränkung des Gebrauchs und Verbrauchs ausgeſprochen worden iſt, wo nicht erworbene, unten anzuführende Rechte entgegenſtehen.

Endlich finden wir aber auch die aqua profluens

III.

in commercio, und zwar

1) wo eine ausdrückliche Conceſſion des Kaiſers ertheilt worden war, ſelbſt den öffentlichen Flüſſen und Waſſerleitungen gegenüber;

l. 1. §. 1. D. ne quid in flum. publ. 43. 13. Tit. Cod. 11. 42. de aquaeductu.

2) auch ohne dieſe Conceſſion, wo jene öffentlichen Zwecke (usus publicus) nicht gefährdet erſchienen, ebenfalls bei öffentlichen Flüſſen.

l. 2. D. de fluminib. 43. 12. l. 1. §. 1. D. ne quid in flum. publ. 43. 13. l. 9. C. de aquaeductu, 11. 42.

Ob hier flumen publicum in der erſten oder zweiten Bedeutung zu nehmen, iſt für unſern Fall gleichgültig.

Der wichtigſte Umſtand aber iſt, daß Quellen, Bäche und Flüſſe

3) auch im reinen Privateigenthume ſein können, wo alſo der Begriff des extra commercium ganz zurücktritt.

Die Römer ſagen, daß ſich ſolche Gewäſſer vom andern Privateigenthume in Nichts unterſcheiden, und gehen von der Zugehörigkeit der Quelle ꝛc. zu dem Grund und Boden, auf welchem ſie entſpringt, oder durch welchen der Bach läuft, als ſich von ſelbſt verſtehend, aus.

l. 1. §. 4. 10. D. ne quid in flum. publ. 43. 12. l. 4. 6. C. de servitutib. et aqua, 3. 34. l. 30. §. 1. D. de acquir. rer. dominio, 41. 1. l. 6. Cod. l. c. verb.: „ex fonte tui juris“.

Eine weitere Nachweiſung, daß an Quellen, Bächen und Flüſſen Privateigenthum beſtehen kann, iſt überflüſſig, da auch das vaterländiſche Recht ſolches anerkennt.

Geſetz über Ufer- und Waſſerbau vom 15. Mai 1821. §. 3. (Regier.-Blatt von 1821. S. 552.)

Wendet man ſich nun unſerm Rechtsfall insbeſondere zu, ſo finden ſich für denſelben ſowohl in dem Römiſchen, als in dem vaterländiſchen Rechte mehrere poſitive Vorſchriften. Die Bewäſſerung der Grundſtücke (irrigationes), die Waſſerleitungen zu dieſem Zwecke (aquaeductus, derivationes), ſelbſt die in Frage ſtehenden Schleußen (septa) ſind den Römern genau bekannt und müſſen, nach der Menge und Ausführlichkeit der Geſetze zu ſchließen, den Römern noch wichtiger erſchienen ſein, als uns. Ihre Geſetze — was bei der bruchſtückweiſen Ueber-

lieferung freilich oft nicht deutlich vorliegt, aber wohl zu beachten iſt — behandeln die verſchiedenartigſten Rechtsverhältniſſe der Wäſſerungen, z. B. der Wäſſerung des Grundſtücks mit der eignen Quelle auf demſelben, — aus öffentlichen oder Privatwaſſern in fremdem Eigenthume — der Waſſerleitung über fremde Grundſtücke u. ſ. w. — und die mitunter vorkommenden Widerſprüche löſen ſich nach dieſer Verſchiedenheit der Fälle auf.

Tit. D. de aqua quotidiana, 43. 20. Tit. Cod. de servitutib. et aqua. l. 1. §. 4. D. de rivis, 43. 21.

Die Waſſerleitungen aus öffentlichen Flüſſen waren, wie oben ſchon bemerkt worden iſt, in der Regel verboten, doch kamen ſie ſelbſt hier vor, waren aber dann natürlich lediglich nach dem Inhalte der Conceſſion hinſichtlich ihres Umfangs zu beurtheilen. Für die Waſſerleitungen in anderen Fällen finden ſich aber nirgends Beſchränkungen, an welche deren Ausübung gebunden erſchiene; ſie waren vielmehr volkswirthſchaftlich als nützlich anerkannt, daher unbedingt erlaubt und durch mehrere Interdicte begünſtigt und geſchützt, welches Schutzes ſogar der bloße Beſitz, ſelbſt nur unter einem vermeintlichen Rechte ergriffen, ſich erfreuen durfte.

l. 1. §. 9. D. de aqua quotid. 43. 20.

Nur die Rückſicht auf den usus publicus und die bei der Ausübung etwa entgegenſtehenden Privatrechte wieſen der Wäſſerungsbefugniß Grenzen an.

l. 1. §. 4. 10. l. 2. D. de fluminib. publ. 43. 12. l. 1. §. 5. D. ne quid in flumine publ. 43. 13; l. 3. pr. D. de aqua quotid. 43. 20. (Beſonders wichtig iſt dieſer Titel für den gegebenen Fall, und wegen der Einſchränkungen gegen das praedium serv. l. 1. §. 15. eod. l. 7. C. de servitutib. et aqua, 3. 34.)

Mit den Grundſätzen des Römiſchen Rechts über die unbedingte freie Nutzung der aqua profluens zur Wäſſerung der Grundſtücke ſteht auch die Landesgeſetzgebung im beſten Einklange. Die Wäſſerungsbefugniß findet ſich hier anerkannt.

Triftgeſetz vom 3. April 1821. §. 13. (Reg.-Blatt v. 1821. S. 570.)

als ein unbeſchränktes Recht, welches nur in einem gegenüberſtehenden Privatrechte ſeine Grenzen finden ſoll, und daſſelbe folgt auch ſchon aus der Anerkennung des Privateigenthums an dem Waſſer,

Ufer- und Waſſerbaugeſetz, l. c.

weil in dem Eigenthume die facultas de re aliis exclusis disponendi, etiamsi aliis damnum inferatur, ohne weitern Beweis enthalten iſt.

Eine kurze Betrachtung verdient noch die Beſtimmung der

Sachſ.-Weimar. Fiſchordnung vom 8. Mai 1815. §. 20. (bei Göckel, Geſetzſammlung, Th. 2. S. 200.),

wo es heißt, daß bei Grundſtückswäſſerungen aus Fiſchwaſſern (wornach alſo die Wäſſerungen wieder erlaubt ſind) zur Erhaltung der Fiſcherei nur ein Drittheil höchſtens von dem Waſſer abgeſchlagen werden dürfe und wenigſtens zwei Drittheile für die Fiſcherei frei über den Waſſerdamm (septa, die Schleuße) fortfließen müſſe.

Hierin liegt außer der quantitativen Beſtimmung nichts Neues. Schon die Römer verboten die derivationes aquae aus öffentlichen Flüſſen, wenn ſie dem usus publicus nachtheilig wurden, und hierzu rechneten ſie die Fiſcherei. Das flumen publicum, quod fluit et perenne est, findet ſich im Sachſenſpiegel mit demſelben Grundſatze wieder.

Sächſ. Landrecht, II. 21. „Das Waſſer, welches ſtromweis fließet, iſt gemein zu fahren und zu fiſchen darin."

Darum würde das Interdict ne quid in flumine publico wohl jedem Fiſchereiberechtigten, und wo eine eigenthümliche Fiſcherei nicht beſteht, cuivis ex populo geſtattet werden müſſen, wenn er behauptet, daß die Wäſſerung über jenes Maaß zum Nachtheil der Fiſcherei ausgeübt werde.

Das Eigenthum des Fiscus an der Bl. — beſchriebenen Frauenwieſe, und der Umſtand, daß das in Frage geſtellte Bächlein die Wieſe durchfließt, hat Beklagter zugeſtanden, und bei der dem Fiscus zuſtehenden freien Benutzung des durch die Wieſe fließenden Waſſers zu deren Bewäſſerung konnte es alſo nicht mehr auf den Beweis einer Verjährung des Wäſſerungsrechts, ſondern lediglich darauf noch ankommen, ob Beklagter, wie er behauptet, ein Recht erlangt habe, jene Befugniß zu beſchränken oder ganz deren Ausübung zu verbieten."

Dieſem Beſcheide*) ward indeß in einer folgenden Inſtanz nicht beigepflichtet. Vielmehr erkannte der Schöppenſtuhl zu Jena im Monat Mai 1844 reformatoriſch:

daß Kläger ſchuldig ſei, den Grund ſeiner Klage, ſoviel daran verneint worden, und zwar dahin, daß er die Berechtigung, den in Rede ſtehenden Bach zur Bewäſſerung der ſogen. Frauenwieſe uneingeſchränkt und nach ſeiner Willkür zu benutzen und für dieſen Zweck abzuleiten, durch Verjährung erworben habe,

*) Er rührt aus der Feder des damaligen Juſtizbeamten in Weimar, Thuiskon Frdr. Sachſe, Verfaſſers des geſchätzten Handbuchs des Großherzogl. Sächſ. Privatrechts (Weimar, 1824.) her.

binnen Ordnungsfrist, mit Vorbehalt des Gegenbeweises, wie Recht zu erweisen habe;

aus folgenden Gründen:

„Anlangend 1) die materielle Seite des vorliegenden Rechtsstreites, so ist vor allen Dingen darauf aufmerksam zu machen, daß derselbe keineswegs blos und allein aus dem römischen Rechte, dessen Satzungen den Verhältnissen und Bedürfnissen der Gegenwart in Ansehung des Wasserrechtes anerkanntermaaßen nicht mehr genügen, zu entscheiden ist. Man hat vielmehr bei dieser Entscheidung die Grundsätze des deutschen Privatrechtes nach Gebühr zu berücksichtigen. Schon längst wird aber in der deutschrechtlichen Doctrin, unsern vaterländischen Verhältnissen gemäß, nicht blos auf römische Weise zwischen dem flumen publicum und dem flumen privatum unterschieden, sondern als dritte Art das gemeinschaftliche Gewässer coordinirt.

Dieses ist keine res communis im staats- und völkerrechtlichen Sinne, wie die offene See, keine res communis omnium, sondern eine gemeinschaftliche Sache in privatrechtlicher Bedeutung, eine res communis singalorum. Es ist ein solches Gewässer, welches verschiedenes Grundeigenthum durchfließt, und daher als eine natürliche Einheit und Totalität der Gemeinschaft und dem Gebrauchsrechte Mehrerer unterliegt und von Natur unterliegen muß. Daß es sich in dem vorliegenden Falle um ein derartiges, durch seinen natürlichen Lauf gemeinschaftliches Gewässer handelt, geht aus übereinstimmenden factischen Angaben beider Parteien unverkennbar hervor. Der streitige Bach fließt durch eine Mehrzahl verschiedener Ländereien und wird für die verschiedenartigsten Zwecke der Grundeigenthümer und Anlieger benutzt; er dient sowohl dem Interesse der Agricultur, hier namentlich der Wiesenbewässerung, als auch dem Interesse der Industrie, hier namentlich dem Mühlenbetriebe. Ein solches Gewässer ist nach der Natur der Sache, aus dem Grundprincipe der Gemeinschaft juristisch zu beurtheilen, wie auch im öffentlichen Interesse bei der Benutzung der Oberaufsicht und dem Wasserpolizeirechte des Staates nothwendiger Weise unterworfen, auch wenn dasselbe in Ansehung der Eigenthumsfrage den Privatgewässern beizuzählen sein mag. Mag auch der Ufereigenthümer den Bach als Zubehör seines Grundeigenthums betrachten und die Wasserkraft frei benutzen, so kann er doch nicht als eine sich von selbst verstehende Befugniß einen Gebrauch der Art verlangen, wodurch er den andern Ufereigenthümern und bestehenden Anlagen die Wasserkraft entzieht und sie im gleichmäßigen Gebrauche benachtheiligt. Ein solches ausschließliches Nutzungsrecht erfordert mithin, der als natürliche Regel bestehenden Gemeinschaft der Benutzung gegenüber, immer einen speciellen Erwerbungsgrund.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 267.

Mittermaier, Grundsätze des gem. deutsch. Privatrechts, §. 222 b. Ausg. VI. S. 582 flg.

Diese Grundsätze sind namentlich im Betreff der Mühlwasser von jeher in Deutschland als anerkannte zu betrachten, und zwar in dem Maaße, daß in mehrern deutschen Ländern die Gesetzgebung alle Mühlwasser geradezu für öffentliche Gewässer erklärt, in andern wenigstens einer bestimmten Polizeiaufsicht, welche jeden übermäßigen Gebrauch und das Ableiten des Wassers zum Nachtheile der unterhalb belegenen Mühlen verhüten soll, unterworfen hat. Der Grund liegt einfach darin, weil aus dem Wassermangel der Mühle leicht Brodmangel des Publikums entstehen kann. Die Mühle des Beklagten giebt aber aus den Acten ihren alten Rechtsbestand schon durch den herrschaftlichen Erbzins, der von ihr erhoben wird, speciell kund. Es kann daher den Eigenthümern der höher liegenden Grundstücke nicht freistehen, auf willkürliche und eigenmächtige Weise ihr das zum Mahlen nöthige Wasser über Gebühr durch Ableitung zu entziehen; vielmehr müssen diese jedenfalls, wenn sie ein Recht der Ableitung des Mahlwassers in Anspruch nehmen, einen besonderen Erwerbungsgrund darthun. Sehr bestimmt und treffend werden die oben angedeuteten Grundsätze, welche hier entscheidend sein müssen, in

von Bülow's und Hagemann's praktischen Erörterungen, Bd. 1. No. III. und Bd. 4. No. I. ausgeführt. Es ist daselbst nachgewiesen, daß an und für sich Niemand berechtigt sein kann, das Wasser eines Baches, der eine Mühle treibt, zur Bewässerung seiner Grundstücke zu stauen oder abzuleiten, daß dadurch der Betrieb der Mühle gehindert wird; ebenso, daß, wenn eine Mühle an einem Bache oder Flusse liegt, woran mehreren ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht zusteht, so dürfen Diejenigen, deren Grundstücke das Gewässer berührt, durch Stauungen Bewässerungen und Wasserableitungen keine dem Mühlenbetriebe nachtheiligen Anstalten und Verrichtungen treffen, falls sie nicht etwa ein solches vorzügliches oder stärkeres Benutzungsrecht speciell darzuthun vermögen, weil bei allen gemeinschaftlichen Objecten die bekannte Regel eintritt: in re communi melior est conditio prohibentis, quam disponentis.

Ziehen wir 2) die formelle Seite des gegenwärtigen Rechtsstreites und die processualische Sachlage in Erwägung, so ist zu bemerken, daß in der Klage wirklich auch, der Natur des in Anspruch genommenen Rechtes gemäß, dieses aus einem

speciellen Erwerbungsgrunde hergeleitet wird. Der Kläger gründete seine Klage auf Verjährung seit vierzig und mehr Jahren und unvordenklichen Besitz, und da Beklagter diesen Klagegrund verneinte, so war einfach auf Beweis desselben zu erkennen."

Allein ein oberstrichterliches Urtheil, gefällt Namens des Oberappellationsgerichts zu Jena vom Spruchcollegium zu Heidelberg im Februar 1845 stellte den obenerwähnten Justizamtsbescheid lediglich wieder her. Den diesem Erkenntnisse unterlegten Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

„Für die rechtliche Beurtheilung des vorliegenden Falles kommt es

1. auf die Feststellung der rechtlichen Natur des Wassers an, von welchem in der vorliegenden Rechtssache die Rede ist.

Mit Unrecht hat nun Beklagter, unter Berufung auf Römische Gesetzesstellen, die aus dem Zusammenhange gerissen sind, versuchen wollen, das in Frage stehende Gewässer als einen öffentlichen Fluß darzustellen.

Wenn schon überhaupt es großen Bedenken unterliegt, die gewöhnlich angegebenen Unterscheidungsmerkmale zwischen öffentlichen und Privatgewässern auf unser heutiges Recht anzuwenden, da diese Eintheilung nach dem heutigen öffentlichen Rechte eine ganz andere Bedeutung als bei den Römern hat, und schon im Mittelalter die alten Rechtsquellen

Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 222.

auf das Merkmal der Schiffbarkeit bei einem Gewässer, das als öffentliches gelten soll, hinweisen, und daher auch die Gesetze des vorigen Jahrhunderts, z. B.

Baier. Landrecht, II. Thl. Cap. 1. §. 5.

und hierzu

Baron Kreitmayr, Anmerkungen, II. S. 711.

sowie die neuen Gesetzgebungen

Code civil, art. 538.

Preuß. Landrecht, II. Thl. Tit. 15. §. 38.

Oesterreich. Civilgesetzbuch, §. 287., verglichen mit art. 407.

nur schiff- oder flößbare Flüsse zu den öffentlichen rechnen, so daß man berechtigt ist, mit Beachtung der particularrechtlichen Ausbildung nur jene Flüsse öffentliche zu nennen, welche schiff- oder floßbar sind;

Mittermaier, l. c. §. 222 a.

Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, §. 180.

so würde doch auch die Anwendung der römischen Vorschriften, wenn man sich darauf berufen wollte, z. B. nach

Schwab, die Conflicte zwischen der Flösserei auf öffentlichen Flüssen und den Mühlenberechtigten. (Stuttgart, 1844.) S. 14—25.,

nicht für die Behauptung des Beklagten sprechen, daß der fragliche Bach ein Fluß sei; denn mit Unrecht würde daraus, daß dies Wasser ein flumen perenne sei, weil es das ganze Jahr hindurch Sommer und Winter und schon seit undenklicher Zeit geflossen hat, dieser Bach zu einem flumen publicum gemacht werden, da das römische Recht nirgends den Grundsatz aufstellt, daß jede aqua perennis, wenn sie auch nach

l. 1. §. 2. D. de fluminib., 43. 12.

„semper fluit", ein flumen publicum sei, vielmehr ein flumen überhaupt vom rivus durch die Größe des Laufs, durch die Stärke der Wasserkraft und die Rechtsmeinung der Anwohner zu unterscheiden ist, welche wegen der Beträchtlichkeit des Wassers anerkennen, daß hier kein Privatgewässer vorhanden sei.

Die Gewässer nun, welche den Charakter der flumina hatten, theilten dann römische Juristen wieder in flumina perennia und torrentia, ohne deswegen aussprechen zu wollen, daß jedes Wasser, quod perenne fluit, ein flumen publicum sei.

Günther, quaest. de jur. aquar. spec. I. p. 6.

Heine, de principiis juris in usu fluviorum adhibend. (Lipsiae, 1843.) p. 15.

Wollte man dies nicht zugeben und jedes beständig fließende Wasser einen öffentlichen Fluß im heutigen Sinne nennen, so würde bei uns, wo nach unsern klimatischen Verhältnissen, bei der Häufigkeit des Regens, welche das völlige Vertrocknen der kleinsten Gewässer auch im Sommer hindert, nicht selten mancher kleine Bach gegen alle Rechtsmeinung der Anwohner und zur offenbaren Störung der seit undenklicher Zeit begründeten Interessen ein öffentlicher Fluß genannt werden müssen.

Die entschiedene Rechtsansicht neuerer Gesetze, die wohl nicht gemeint sind, der Staatsregierung Rechte, die ihr in Bezug auf Regalien gebühren müssen, zu entziehen, sowie der Rechtszustand nach den Particularrechten der einzelnen Staaten, in welchen nur gewisse größere Flüsse zu den öffentlichen gezählt werden, würde gegen eine solche Annahme sprechen.

Grundlos ist aber auch die von dem Beklagten geäußerte Ansicht, daß deswegen das hier in Frage stehende Wasser ein öffentliches sei, weil es zum Betriebe der Mühle dient. Denn abgesehen davon, daß für diese Ansicht kein Gesetz angeführt werden kann, ist sie schon deswegen unhaltbar, weil sonst

die größte Ausdehnung öffentlicher Gewässer angenommen werden müßte, indem häufig ein kleiner Bach zum Betriebe einer Mühle genügt, und in dem Augenblicke, in welchem eine Mühle an einem Bache angelegt wird, dieser, der vielleicht seit Jahrhunderten als ein Privatgewässer benutzt wurde, in einen öffentlichen Fluß verwandelt würde.

II. Das hier in Frage stehende Wasser ist entschieden ein Bach, welcher durch die Wiesen läuft, und zwar liegt die Frauenwiese, von deren Wässerung die Rede ist, oben, und erst weiter unterhalb befindet sich die Mühle des Beklagten.

III. In Bezug auf die Begründung der Klage ist zwar nicht zu verkennen, daß sie der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit entbehrt.

Der Kläger berief sich in der Klagschrift sofort auf die seit vierzig Jahren geschehene Benutzung des fraglichen Baches und auf die Erwerbung des Rechts der Wässerung der Frauenwiese durch Verjährung mit dem rechtlichen Gesuche, das Recht des Kammergutes zur beschriebenen Bewässerung der Frauenwiese anzuerkennen. Es kann aber diese, wenn auch nicht zu billigende, Darstellung so wenig, als was später im rechtlichen Verfahren von Anstellung einer actio confessoria angeführt worden ist, den Richter hindern, die Klage so aufzufassen, wie der Kläger selbst später in seiner Appellationsgegendeduction sie aufgestellt hat und wie sie wohl auch der Sache nach von dem Kläger gemeint war, der wohl die Absicht hatte, zwei Klaggründe anzuführen, und zwar seine Befugniß der Wässerung, an welcher er gestört wurde, schon durch eine actio negatoria als bloßen Ausfluß des zustehenden Eigenthumsrechts an der Frauenwiese zu begründen, wobei Kläger nur für den Nothfall, wenn der erste Klaggrund nicht zureichen sollte, auch auf die Verjährung sich berief.

Wenn nun der Richter erkennt, daß schon nach einem Klaggrunde die angestellte Klage genugsam begründet ist, so kann es nicht darauf ankommen, daß der Kläger auch noch einen andern Klaggrund anführte; denn dieser letztere kömmt nicht weiter in Betrachtung, wenn bereits durch einen andern Klaggrund das erreicht ist, was der Kläger bezweckt.

Wenn zwar Kläger in seiner Klageschrift nicht deutlich genug auf das Eigenthumsrecht als Grund seines Wässerungsrechts sich berief, so ist dennoch der Richter berechtigt, insofern er auf die Absicht des Klägers und den Gesammtinhalt seiner Vorträge sieht, anzunehmen, daß der Kläger zunächst schon in dem Verhältnisse der Lage des Grundstücks, für welches die Wässerung in Anspruch genommen wurde, einen Grund für sein Recht zu finden glaubte, indem er sich auf die Localität berief, und daraus klar das Verhältniß der Frauenwiese zu dem fraglichen Bache hervorgeht.

IV. In Bezug auf das rechtliche Verhältniß der Wässerungsrechte bei Bächen, wie ein solcher wegen seines beschränkten Laufs und nach der unbedeutenden Wassermasse hier in Frage steht, ist nun gewiß anzunehmen, daß, wenn man das Bett des Baches von der aqua profluens unterscheidet, schon im Geiste des römischen Rechts

l. 5. D. de divis. rer. 1. 8. §. 23. J. de rer. divis. 2. 1.

die Ufereigenthümer, soweit ihre Grundstücke an dem Wasser sich hinziehen, auch die Eigenthümer des Bettes sind, während in Bezug auf die aqua profluens kein Eigenthumsrecht der Adjacenten an dem Wasser selbst angenommen werden kann, weil ein solches Recht mit der Natur des fließenden Wassers, als eines natürlichen Ganzen, welches nicht als eine innerhalb einem bestimmten Raume abzuschließende Sache zu betrachten ist, vielmehr in jedem Momente sich wieder erneuert, im Widerspruch stehen würde. Allein eben so unbezweifelt ist, daß in Ansehung des Gebrauchs dieser aqua profluens wieder zweierlei Rechte getrennt werden müssen, nämlich das Recht des Gebrauchs zum Trinken, zur Viehtränke, und das Recht des Wasserschöpfens, ohne die Anwendung besonderer Vorrichtungen, im Gegensatze des Rechts zur Benutzung des Wassers, z. B. zum Wässern, besondere Vorrichtungen zu machen, oder Anstalten und Anlagen zu errichten, die auf den Wasserlauf sich beziehen.

In der ersten Rücksicht ist noch heut zu Tage die römische Ansicht, daß aqua profluens eine res communis ist, anzuwenden, und ist jeder Bürger berechtigt, das Wasser zum Trinken oder auf die oben bezeichnete Weise zu benutzen; nur kann die Ausübung dieses Rechts oft dadurch gehindert werden, daß derjenige, welcher dem Bache sich nahen will, das fremde Grundstück betreten müßte und daher von dem Eigenthümer des Grundstücks abgehalten werden kann.

Was dagegen die Rechte betrifft, welche oben in der zweiten Beziehung aufgeführt wurden, so hat sich aus Veranlassung römischer Stellen schon früh und durch die Erwägung, daß derjenige, an dessen Grundstück das Wasser hinfließt, auch am ersten Nachtheile davon leidet, z. B. bei Ueberschwemmungen, die Rechtsansicht ausgebildet, daß die Adjacenten, deren Eigenthum längs dem fließenden Wasser eines Baches sich hinzieht, sich dieses Wassers, wo es vorbeifließt, nicht blos zur Wässerung ihrer Grundstücke, sondern auch auf jede andere Art bedienen

können, bei welcher jedoch da, wo das Waſſer das Grundſtück verläßt, dem Waſſer ſein natürlicher Lauf gelaſſen wird. Dieſe Anſicht iſt ebenſo im gemeinen deutſchen Rechte,

Günther, de jur. aquar. Lips. 1827.

Geſterding, im Archiv für civiliſt. Praxis, III. S. 60.

Kori, in dieſem Archiv, XVIII. S. 43.

Mittermaier, Grundſätze des Privatrechts, §. 222.

als in den Landesrechten des vorigen Jahrhunderts,

ſ. Kreitmayr, Anmerkungen zum bayer'ſchen Landrechte, II. Thl. S. 714.

und in den neuen deutſchen Geſetzbüchern anerkannt,

z. B. franzöſiſch bürgerliches Geſetzbuch, art. 644.

Wildner, das öſterreichiſche Fabrikenrecht, S. 329. Vermöge dieſes Rechts kann auch der Adjacent Vorrichtungen zur Wäſſerung ſeiner Grundſtücke anlegen, durch welche die Maſſe des auf ſeine Wieſe ſtrömenden Waſſers vermehrt wird, und zwar durch Abzugsgraben, Schleuſen, Schöpfräder, was ſchon daraus fließt, daß, ſo wenig einem Adjacenten verwehrt werden kann, durch viele Perſonen, die er am Waſſer aufſtellt, Waſſer ſchöpfen und auf ſeine Grundſtücke tragen zu laſſen, eben ſo wenig er gehindert werden darf, dies durch Vorrichtungen zu bewirken, ſobald nur jene Anlagen nicht den Charakter haben, daß dadurch völlig ein Bach von dem natürlichen Laufe abgehalten und ausſchließend, z. B. durch Kanäle, auf die Ländereien desjenigen geleitet werden ſoll, deſſen Liegenſchaft an einem Bache ſich hinzieht, weil auf dieſe Weiſe allen übrigen Adjacenten der Waſſergebrauch entzogen würde.

Nicht paſſend iſt es in dieſer Beziehung, wenn der Kläger von einem Rechte des Adjacenten, das Waſſer ausſchließend zu occupiren, ſpricht, weil theils dieſe Anſicht leicht auf Eigenthumsrechte am Waſſerkörper deutet, die nicht begründet ſind, theils zur Folgerung führen würde, daß der obere Eigenthümer beliebig das ganze Waſſer ableiten würde, während richtiger eine Gemeinſchaft der Benützung des Bachs von Seiten aller Adjacenten, an deren Grundſtücken das Waſſer hinfließt, angenommen wird.

V. Nach den Acten iſt es unbeſtritten, daß die Grundſtücke, für deren Bewäſſerung das in Frage ſtehende Waſſer von dem Kläger in Anſpruch genommen wird, an dem Bache liegen, über deſſen Benützung zwiſchen den Parteien Streit iſt. Schon dadurch iſt die Klage begründet, weil der Kläger nichts Anderes vornimmt, als was ihm, als einem Adjacenten, vermöge ſeiner Gemeinſchaft der Benützung des Waſſers in Bezug auf ſein am Bache liegendes Grundſtück rechtlich nach der bisherigen Ausführung zuſteht.

VI. Der Beklagte hat gleichfalls das zu ihm fließende Waſſer zu ſeinem Mühlenbetriebe zu benutzen, und am richtigſten nimmt man in dieſer Beziehung zwiſchen dem Müller und dem Wäſſerungsberechtigten eine Gemeinſchaft der Benützung des Waſſers des Bachs an.

Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung, I. S. 61.

Schleswig-Holſtein. Anzeiger, 1844. No. 32. S. 240.

Allein der Beklagte iſt der untenliegende Berechtigte, und als ſolcher nicht berechtigt, dem Kläger, als obenliegenden Eigenthümer das Benutzungsrecht des Waſſers, das auf gewöhnliche Weiſe zur Bewäſſerung ausgeübt wird, zu verwehren, und es kann rechtlich keinen Einfluß haben, wenn der Beklagte auch weniger Waſſer, als er braucht, durch die Bewäſſerungsrechte des Klägers bekömmt, weil der letzte vermöge ſeines Rechts handelt, und es in der Natur der Sache liegt, daß durch Ausübung des Rechts des oberen Eigenthümers der unten Liegende Waſſer entbehrt, was ſonſt zu ihm gefloſſen wäre.

Kreitmayr, Anmerkungen, II. S. 714. und 1381. 1486.

Sobald der Beklagte in einem größern Umfang Rechte des Waſſergebrauchs und zwar in der Art erfordert, daß er dadurch das ordentliche Wäſſerungsrecht des obenliegenden Klägers beſchränken will, muß er ſein Recht hierzu ſpeciell nachweiſen. Ohne dieſe Nachweiſung kann ihm blos, weil er an dem nämlichen Waſſer eine Mühle hat, kein Recht, den Kläger zu beſchränken, eingeräumt werden.

Kein Geſetz des gemeinen Rechts und kein hierher bezügliches Landesgeſetz ſpricht von einem Vorzugsrechte der Müller. Aus dem Rechte der Mühlenanlage folgt zwar die Befugniß des Beklagten, ſein Mühlengewerbe zu betreiben und das zu ihm fließende Waſſer zu benützen; allein es folgt daraus kein ausſchließliches Recht des Waſſergebrauchs, und der Umſtand, daß der Beklagte oft nicht ſo viel Waſſer hat, als er braucht, und ſein Gewerbe nicht ſo einträglich betreiben kann, als er es ſonſt könnte, wenn Kläger nicht wäſſerte, iſt kein Grund, den Kläger in ſeinen Rechten zu beſchränken.

Wenn die Entſcheidungsgründe des vorigen Urtheils auf das hohe Intereſſe des Publikums an dem vollſtändig zum Nutzen der Mahlgäſte betriebenen Mühlengewerbe Werth legen und daraus die ausgedehnteren Rechte des Beklagten ableiten wollen, ſo liegt hier eine willkürliche Annahme um ſo

mehr zum Grunde, als ja auch die Betreibung der Landwirthschaft ein großes öffentliches Interesse ist, und bekanntlich die Wiesencultur des vorzüglichen Schutzes des Wässerungsrechtes bedarf, weil davon häufig der Wohlstand der ganzen Gegend abhängt.

Auch kann davon, was bei Mühlen, die an öffentlichen Flüssen liegen, vermöge der besonderen Verleihung des Staats gilt, kein Schluß auf das Verhältniß abgeleitet werden, welches rechtlich bestehen muß, wenn an einem Bache, der nicht zu öffentlichen Flüssen gehört, der Mühlenberechtigte seine Mühle anlegt, und mit dem wässerungsberechtigten Adjacenten in Streit geräth. In dieser Beziehung ist auch das bei

Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Cassel, II. Thl. S. 200.

angeführte Erkenntniß auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden; denn wenn an dem öffentlichen Flusse alle Rechte in Bezug auf Anlagen und Ausübung der Wasserrechte und jeder Wassergebrauch nur durch Concessionen des Staates erworben werden können, und nur die Staatsregierung das Verhältniß der an einem öffentlichen Flusse zum Wassergebrauch von ihr als berechtigt erklärten Personen regulirt, und daher die Mühlenverleihung häufig auch das Recht enthält, so viel Wasser zu benützen, als zur Betreibung der Mühle, soweit ihr eine gewisse Zahl von Gängen verliehen ist, gehört, und dann hieraus etwa die Beschränkung der übrigen Wässerungsberechtigten abgeleitet werden kann, so paßt dies nicht auf einen Privatbach, an welchem alle Adjacenten die obenbezeichneten Wasserrechte haben und eine Gemeinschaft von Benutzungsrechten vorliegt, bei welcher der obere Adjacent immer zunächst berechtigt ist und von keinem unterhalb liegenden Berechtigten beschränkt werden kann.

Daher kann auch der Beklagte daraus, daß er der Kammer einen Erbzins für seine Mühle bezahlt, kein Recht des Wassergebrauchs, wie er es in Anspruch nimmt, ableiten, da der Erbzins sich nur auf das Recht der Mühlenanlage und Mühlenbetreibung bezieht.

Zwar haben die Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils sich vorzüglich auf

von Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen, Bd. I. S. 58. 64. und Bd. IV. S. 12.

bezogen, um das gefällte Urtheil zu rechtfertigen; allein schon eine Vergleichung der Gründe bei den genannten Schriftstellern lehrt, daß man vergeblich nach Gesetzen frägt, durch welche die Ansicht bestätigt werden soll, und ein anerkannter fester Gerichtsgebrauch dafür ebensowenig angeführt ist. Die Hauptsache aber ist, daß in den angezogenen Entscheidungen das Gericht von der Nothwendigkeit ausgeht, durch Sachverständige die Wassergebrauchsrechte des Müllers und der Wässerungsberechtigten auf eine den Interessen beider Theile nützliche Weise zu reguliren; daher das Urtheil, nachdem es gleichsam provisorisch ausspricht, daß die Wässerungsberechtigten sich der Wässerung zu enthalten, wodurch der Mühle das Wasser entzogen wurde, zugleich eine Tagfarth anordnet, in welcher die Sachverständigen beigezogen werden sollen, um für die Zukunft definitiv das Verhältniß festzusetzen.

Daraus geht deutlich genug hervor, daß das Gericht selbst das praktische Bedürfniß fühlt, erst durch Beachtung der localen Verhältnisse und technischen Rücksichten die Rechte des Müllers und der Wasserberechtigten ordnen zu lassen, ohne daß es schon definitiv das Vorzugsrecht des Müllers ausspricht, wie dies das vorige Urtheil gethan hat.

Auch die Vergleichung des Ganges der Particulargesetzgebungen in Deutschland zeigt zur Genüge, daß man selbst in Ländern, in denen man die Interessen der Industrie zu befördern sucht, den Mühlberechtigten nicht solche Vorrechte einräumen will, wodurch die Rechte der Wässerungsberechtigten gestört werden.

Oesterreichische Mühlenordnung vom 1. December 1814. §. 2.

Nach dieser soll selbst, wenn durch die Mühle ein Vortheil für die bessere Bedienung des Publikums erzielt würde, die Bewilligung zur Anlegung der Mühle nur ertheilt werden, wenn es ohne die Anrainer des Bachs oder Flusses zu beschädigen, und ohne sie in der bisherigen Benützung des Wassers zu hindern, geschehen kann.

Wildner, das österreich. Fabrikrecht, S. 333.

Ueberall ergiebt sich auch aus dem Geiste und den Aussprüchen des römischen Rechts, z. B.

l. 17. D. de servit. praed. 8. 3.

Elvers, in der Themis, neue Folge, I. 3. Hft. S. 444.,

wie sehr es die Wässerungsrechte der Anlieger schützte."

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 52 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 26.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 48.

**Condictio causa data, causa non secuta — condictio sine causa.**

Mitgetheilt von
Herrn R. K. in L.

B. hatte sein Rittergut an L. von Johannis 1848 ab auf zwölf Jahre verpachtet, und zwar auf die ersten drei Jahre für jährlich 2500 Thlr. —ˢ —ˢ, auf die drei nächsten Jahre für jährlich 2600 Thlr. —ˢ —ˢ und so fort. Unterm 3. November 1850 traf er jedoch mit L. folgendes Abkommen:

„Da die ungünstigen Witterungsverhältnisse des heurigen und vorigen Jahres dem Pachter einen sehr bedeutenden Ausfall in den Ernteerträgen gewährt haben, so hat sich Verpachter willig finden lassen, dem Pachter einen Erlaß am Pachtgelde dergestalt zu gewähren, daß er auf die zwei Pachtjahre von Johannis 1850 bis dahin 1852 nur ein jährliches Pachtgeld von 2200 Thlrn. —ˢ —ˢ zu zahlen hat."

Am 8. April 1851 verkaufte B. sein Gut an Z., welcher sich verbindlich machte, den Pachtcontract nach dem ursprünglichen Pachtgelde, ohne Neuerung vom 24. April 1851 ab fortzusetzen. Dabei trat der Pachter L. mit B. wegen der bisherigen Pachtverhältnisse in Gegenrechnung und kürzte ihm unter anderen diejenigen 400 Thlr. —ˢ —ˢ, welche er bei Fortsetzung des Pachtes mit B. als Pachterlaß auf das Pachtjahr 1851/52 zu erhalten gehabt hätte, womit auch B. einverstanden war. — Jetzt klagt B. auf Rückgabe dieser 400 Thlr. —ˢ —ˢ, unter dem Anführen, er habe diese Summe nur unter der Voraussetzung sich kürzen lassen, daß L. das Pachtverhältniß mit Z. wirklich fortsetze; dies sei aber nicht geschehen, vielmehr der Pachtvertrag zwischen L. und Z. im August 1851 freiwillig aufgehoben und dem L. das Pachtgeld von Z. von Johannis 1851 an erlassen worden. Mit Wegfall des Pachtes sei auch der Anspruch auf einen Pachtremiß erloschen und L. somit ohne Rechtsgrund im Besitze der im Voraus gekürzten 400 Thlr. —ˢ —ˢ.

I. Urthel des Spruchcollegiums zu Leipzig (eröffnet am 7. August 1852).

„In Erwägung, daß der in der Klage Bl. — erwähnte, von Klägerm dem Beklagten auf das Pachtjahr von Johannis 1851 bis dahin 1852 gewährte Pachtremiß von 400 Thlrn. —ˢ —ˢ entweder aus dem Gesichtspunkte eines Vergleichs zu betrachten, wie denn auch die in der Klagbeilage B. Bl. — enthaltenen Verhandlungen darüber als ein zwischen Klägerm und Beklagtem getroffenes Abkommen bezeichnet worden, oder als eine vom Kläger dem Beklagten gemachte Schenkung zu beurtheilen ist,

vergl. auch Curtius, Handbuch des sächs. Civilrechts, Th. IV. §. 1705. S. 436.

nun aber in beiden Fällen es Seiten des Ersteren des ausdrücklichen Vorbehaltes der Zurückforderung jener 400 Thlr. —ˢ —ˢ auf den Fall, wenn Beklagter den Pacht auf das Pachtjahr von Johannis 1851 bis dahin 1852 nicht fortsetzen würde, bedurfte, da außerdem ein Rückforderungsrecht nicht Platz ergreift,

l. 65. §. 1. und 2. D. de condict. indeb. (12, 6.)

Kläger jedoch in seiner Klage auf einen dergleichen Vorbehalt sich nicht bezogen, hat dessen Suchen Bl. —, immaaßen es angebracht, nicht Statt, er ist auch Beklagtem die hierdurch verursachten Unkosten zu erstatten schuldig."

II. Erkenntniß des Appellationsgerichts zu L. (eröffnet am 18. December 1852).

„Daß es bei dem Bl. — zu lesenden, am 7. August 1852 publicirten Urthel, in so weit darin der Kläger zu Erstattung der in erster Instanz erwachsenen Kosten verurtheilt worden, auf die zweite Beschwerde nicht zu lassen, sondern es sind sothane Kosten unter den Parteien billig aufzuheben. Dahingegen ist in der Hauptsache das gedachte Urthel, der eingewendeten Berufung ungeachtet, zu bestätigen, und werden die Kosten der Appellationsinstanz compensirt."

Entscheidungsgründe.

„Die Klagschrift Bl. — flg. gewährt keinen genügenden Anhalt dafür, daß die in der Beifuge D. Bl. — erwähnte, compensationsweise bewirkte Zahlung von 400 Thlrn. —‹ —‹, ob causam futuram oder ob causam finitam geleistet worden sei, und es läßt sich deshalb der Ansicht des Klägers, daß die Klage den Erfordernissen der condictio causa data, causa non secuta, oder wenigstens der condictio sine causa entspreche, nicht beipflichten. Der Kläger hat die Beifuge sub B. Bl. — zu einem integrirenden Bestandtheile seiner Klage gemacht. Sie beurkundet ein zwischen den Parteien unter dem 3. November 1850 getroffenes Abkommen und dessen Anlaß. Der Beklagte hat dem Kläger den bedeutenden Ausfall der Ernteerträge, die er in den Jahren 1849 und 1850 durch die Ungunst der Witterungsverhältnisse erlitten hatte, vorstellig gemacht.

Nach §. — des Pachtvertrags Bl. — stand ihm aus diesem Grunde ein Anspruch auf Pachtremiß nicht zu. Man kann daher zwar zu Gunsten des Klägers annehmen, daß es sich bei der Vereinigung vom 3. November 1850 nicht um den Abschluß eines Vergleichs gehandelt habe, dies bleibt jedoch ohne Einfluß auf das streitige Rechtsverhältniß. Soviel ergiebt sich nämlich aus der Urkunde sub B. mit genügender Sicherheit, daß der Kläger die Existenz eines dem Beklagten erwachsenen Schadens, ein Mißverhältniß des für die Jahre 1849 und 1850 stipulirten Pachtgeldes mit dem gezogenen Nutzertrage, und demgemäß die moralische Verbindlichkeit anerkannt hat, seinerseits dem Beklagten eine Entschädigung durch Liberalität zu gewähren. Diese moralische Verbindlichkeit hat er zu einer rechtlichen erhoben. Denn er hat dem Beklagten die von demselben acceptirte Zusicherung gegeben, ihm 700 Thlr. —‹ —‹ Pachtgeld zu erlassen. Von dieser Summe ist für den gegenwärtigen Rechtsstreit nur der Betrag von 400 Thlrn. —‹ —‹ von Interesse. Weder der Kläger, noch der Beklagte hat bestritten, daß bei dem Abschlusse des Schenkungsvertrags das auf die Pachtjahre Johannis 1848 bis Johannis 1850 gefällig gewordene Pachtgeld bereits nach dem contractlich festgestellten vollen Betrage bezahlt gewesen sei. Dies gewährt einigen Anhalt, weshalb, soviel die Modalität der Erfüllung des Schenkungsversprechens anlangt, dahin Vereinbarung erfolgt ist, es solle sich der Kläger auf das für das Pachtjahr Johannis 1851 bis dahin 1852 gefällig werdende Pachtgeld an 2600 Thlr. —‹ —‹ einen Abzug von 400 Thlrn. —‹ —‹ gefallen lassen, Bl. —.

Im April 1851 hat der Kläger das verpachtete Rittergut an Z. verkauft. Der diesfallsige Kauf — Klagbeilage sub C. — enthält §. — zugleich ein zwischen den Kaufcontrahenten und dem Beklagten vereinbartes Delegationsgeschäft. Z., der Käufer, ist in alle Rechte und Verbindlichkeiten eingetreten, welche dem Kläger, dem Verkäufer, nach dem Pachtvertrage vom 24. Juni 1848 — Klagbeilage A. — zustanden und oblagen, und der Beklagte, der Pachter, hat versprochen, diesen Vertrag in allen seinen Punkten und Clauseln vom 24. April 1851 an mit Z. fortzusetzen. Somit hatte der Kläger seinem Käufer das Recht abgetreten, auf das Pachtjahr 1851 bis 1852 von dem Beklagten 2600 Thlr. —‹ —‹ fordern zu dürfen, der Beklagte dagegen dem Käufer gegenüber, unter Zustimmung des Klägers, die Verpflichtung übernommen, diesen Betrag in den contractlichen Terminen ungekürzt abzuführen. Hiermit war zugleich die Möglichkeit aufgehoben, das mit dem Schenkungsvertrage vom 3. November 1850 verbunden gewesene pactum de compensando zur Ausführung zu bringen. Der Anspruch auf das Pachtgeld von 2600 Thlrn. —‹ —‹ auf das Jahr 1851 bis 1852 war aus dem Vermögen des Klägers ausgeschieden, und er konnte deshalb auch nicht weiter die durch das Schenkungsversprechen entstandene Schuld an 400 Thlr. —‹ —‹ durch Compensation mit jener Pachtgeldforderung berichtigen.

Nach seinem Austritte aus dem Pachtverhältnisse hat sich der Kläger zugeständlich (Bl. —) mit dem Beklagten berechnet und sich damit einverstanden erklärt, daß ihm der Letztere die 400 Thlr. —‹ —‹, die er demselben aus dem mehrerwähnten Schenkungsvertrage schuldete, von dem auf die Zeit Johannis 1850 bis 24. April 1851, dem Tage des Pachtübergangs auf Z., in Rückstand verbliebenen Pachtgelde an 1833 Thlr. 10 Ngr. —‹ kürzte, und ihm dagegen 16 Thlr. —‹ —‹ Interusurium an 400 Thlr. —‹ —‹ auf das Jahr 1851 bis 1852 gewährte.

Nichtsdestoweniger fordert der Kläger dermalen die dergestalt gezahlten 400 Thlr. —‹ —‹ zurück und glaubt sich hierzu berechtigt, weil der Pacht zwischen Z. und dem Beklagten im August 1851

aufgehoben worden, eine Zahlung des Pachtgeldes von 2600 Thlrn. —ˢ —ˢ auf das Jahr Johannis 1851 bis Johannis 1852 nicht erfolgt ist, diese Leistung vielmehr dem Beklagten Seiten des Z. gänzlich erlassen worden sein soll.

Aus einer juristischen Auffassung des von dem Kläger vorgetragenen Sachverlaufes, wie er in dem Vorstehenden dargelegt worden ist, ergiebt sich jedoch die Unstatthaftigkeit dieses Rückforderungsrechtes von selbst.

Das Condiciren ob causam non secutam kann nicht eintreten, wo das Hingeben in Folge eines den Geber verpflichtenden Schuldverhältnisses geschehen ist; denn solchenfalls ist nicht ob causam futuram, sondern der schon existirenden Obligation halber, solvendi causa, gegeben worden.

zu vergl. v. Wangerow, Leitfaden für Pandectenvorlesungen, Bd. 3. §. 626. pag. 383.

In dem vorliegenden Falle ist die von dem Kläger am 3. November 1850 bewirkte Zahlung der 400 Thlr. —ˢ —ˢ geschehen, um den Anspruch des Beklagten auf die ihm für die ungünstigen Pachtjahre 1849 und 1850 schenkungsweise verwilligte Entschädigung an 400 Thlr. —ˢ —ˢ zu tilgen. Wesentlich kommt hierbei in Betracht, daß der in der Klagbeifuge B. Bl. — beurkundete Vertrag nicht dahin lautet, es seien die Paciscenten über ein Mißverhältniß des für das Jahr 1851 bis 1852 durch den Pachtvertrag vom 24. Juni 1848 bestimmten Pachtgeldes an 2600 Thlr. —ˢ —ˢ zu dem muthmaaßlichen Nutzungsertrage dieses Jahres einverstanden gewesen, und hätten sich deshalb dahin geeinigt, das Pachtquantum für dieses Jahr von 2600 Thlrn. —ˢ —ˢ auf 2200 Thlr. —ˢ —ˢ herabzusetzen. Vielmehr heißt es in jener Urkunde, der Kläger habe sich zu einem Remisse am Pachtgelde willig finden lassen, weil der Beklagte in den Jahren 1849 und 1850 einen bedeutenden Ausfall der Ernte erlitten habe. Die darauf folgenden Worte: „der Kläger habe sich dazu verstanden, diesen Erlaß dergestalt zu gewähren, daß der Beklagte auf das Pachtjahr 1851 und 1852 nur ein Pachtgeld von 2200 Thlrn. —ˢ —ˢ zu zahlen habe", drücken mithin lediglich die Modalität aus, in welcher die Zahlung des als Schadenersatz für die Mißernte der Jahre 1849 bis 1850 verwilligten Remisses hat bewirkt werden sollen. Es enthält, wie oben bemerkt, ein pactum de compensando in der Form eines Nebenvertrages. Verliert später, wie dies hier der Fall gewesen, der Schuldner die Forderung, auf welche die Gläubiger compensiren sollen, so kann selbstverständlich ein solcher Vorgang nicht als modus tollendi obligationem gelten, weil dem Schuldner dadurch nur ein bestimmtes Zahlungsmittel verloren geht.

Auch hat dies der Kläger selbst dadurch anerkannt, daß von ihm bei der Abrechnung mit dem Beklagten nach dem Pachtübergange auf Z. (Urkunde D. Bl. —) die Zahlung der 400 Thlr. —ˢ —ˢ durch Compensation mit früheren Pachtterminen wirklich geleistet worden ist. Nun sucht zwar der Kläger Bl. — dem Abkommen vom 3. November 1850 selbst die rechtliche Natur einer donatio sub modo oder conditionalis zu vindiciren. Allein weder als eine Schenkung sub modo, noch als eine bedingte Schenkung läßt sich dieser Vertrag ansehen; das erstere nicht, weil der Pachtgeldererlaß an 400 Thlr. —ˢ —ˢ ob causam praeteritam, nicht aber zu dem Zwecke zugestanden wurde, damit der Beklagte für das Pachtjahr 1851 bis 1852 2600 Thlr. —ˢ —ˢ Pachtgeld zahle, wozu derselbe bereits durch den Pachtvertrag vom 24. Juni 1848 verpflichtet war, das letzte nicht, weil weder die Wortfassung, noch der ausgesprochene Zweck des Abkommens einen Anhalt für die Annahme gewährt, es habe der verwilligte Remiß an 400 Thlr. —ˢ —ˢ für nicht verwilligt gelten sollen, wenn sich das Pachtverhältniß vor Ende des Pachtjahres 1852 auflösen sollte.

Die Ansicht des Klägers Bl. —, ein Pachtremiß könne nie als reine Schenkung betrachtet werden, sondern trage die Bedingung, „wenn der Pacht fortdauere", in sich, ist nicht haltbar. Denn es kann vertragsweise ein Pachtgeldererlaß an bereits gezahlten Pachtgeldern eingeräumt und das Versprechen der Herauszahlung des hiernach zu viel Empfangenen durch die Vereinbarung, daß diese Zahlung nicht sofort, sondern in bestimmten, der Zukunft angehörigen Terminen zu erfolgen habe, modificirt werden. Eine vorzeitige ist, dem Vertrage vom 3. November 1850 gegenüber, die in der Klagbeifuge D. Bl. — bemerkte compensationsweise Zahlung der 400 Thlr. —ˢ —ˢ allerdings gewesen; denn sie ist am 24. April 1851, statt am 24. Juni 1852 bewirkt worden. Dafür hat jedoch der Beklagte dem Kläger ein interusurium von 16 Thlrn. —ˢ —ˢ gut geschrieben, und der letztere hat sich mit dieser Entschädigung einverstanden erklärt.

Ebensowenig nützt dem Kläger die Bezugnahme auf die von der condictio sine causa geltenden Grundsätze. Daß ab initio ein rechtlich statthafter Grund zur Zahlung der 400 Thlr. —ˢ —ˢ existirt habe, bestreitet der Kläger nicht. Er kann daher die Rückforderung des Gezahlten nur daraus ableiten, quia causa fuit, quae finita est. (L. 1. und 2. D. de condict. sine causa.) Dem steht jedoch entgegen, daß, wie obbemerkt, die Zahlung behufs der

Erfüllung des Schenkungsverſprechens vom 3. November 1850 geſchehen iſt, daß dieſes Verſprechen nicht gegeben worden, damit der Beklagte im Jahre 1852 2600 Thlr. —ˏ —ˏ an Z. zahle, — woran die Parteien im November 1850 präſumtiv nicht gedacht haben können, weil Z. erſt im April 1851 das Pachtobject gekauft hat, — ſondern um den Beklagten für die Pachtverluſte der Jahre 1849 und 1850 zu entſchädigen, und von ſelbſt einleuchtet, daß die Auflöſung des Pachtes im Auguſt 1851 auf das Fortbeſtehen dieſer causa keinen Einfluß hat äußern können. Zwar ſoll dem Kläger nicht beſtritten werden, daß Condictionsrechte der hier fraglichen Art auf dem allgemeinen Principe der Unzuläſſigkeit einer in Folge von Rechtsveränderungen eingetretenen unbilligen Bereicherung auf Koſten des Condicirenden beruhen, allein die Frage, ob der Beklagte bei der mit Z. im Jahre 1851 wegen Auflöſung des Pachtes getroffenen Uebereinkunft ein ihm günſtiges Geſchäft gemacht habe, ob daſſelbe ſo vortheilhaft geweſen, daß ihm hierdurch ein hinlänglicher Erſatz für die in den Pachtjahren 1849 und 1850 erlittenen Verluſte gewährt worden, kann ganz dahin geſtellt bleiben. Denn ſelbſt wenn dies der Fall geweſen wäre, ſo würde doch hieraus nicht folgen, daß die diesfallſige Bereicherung des Beklagten mit einem gegen die aequitas verſtoßenden Vermögensnachtheile für den Kläger verbunden geweſen ſei, weil dieſer in dem Vertrage vom 3. November 1850 factiſch anerkannt hat, durch Empfang des vollen Pachtgeldes für jene Pachtjahre einen der Billigkeit nicht entſprechenden Gewinn gezogen zu haben.

Aus dieſen Gründen iſt das vorige Urthel in der Hauptſache lediglich zu beſtätigen geweſen. Indeſſen hat man die rechtliche Beurtheilung des Streitverhältniſſes nicht für ſo zweifellos achten können, um die Anſtellung der Klage als das Ergebniß einer muthwilligen oder leichtſinnigen Streitſucht zu bezeichnen. Es iſt deshalb in Betreff des Koſtenpunktes reformatoriſch erkannt worden, und rechtfertigt ſich hierdurch die Compenſation der Koſten des Rechtsmittels von ſelbſt."

III. Erkenntniß des Oberappellationsgerichts (eröffnet am 16. Juli 1853).

„Daß das Urthel zweiter Inſtanz zu beſtätigen, die durch das gebrauchte Rechtsmittel erwachſenen Koſten jedoch gegenſeitig unter den Parteien aufzuheben.

Entſcheidungsgründe.

Auch in gegenwärtiger Inſtanz hat man die Anſicht für begründet erachtet, daß das Bl. — erſichtliche Uebereinkommen der Parteien vom 3. November 1850, auf welches Kläger gleichwohl ſelbſt ſeinen Anſpruch geſtützt hat, keineswegs als ein durch die Fortdauer des zwiſchen den Paciscenten beſtandenen Pachtverhältniſſes bedingtes aufzufaſſen, ſondern daß die dieſem Uebereinkommen hinzugefügte Beſtimmung, Beklagter ſolle auf die zwei Pachtjahre von Johannis 1850 bis dahin 1852 jährlich nur ein Pachtgeld von 2200 Thlrn. —ˏ —ˏ anſtatt 2500 und bezüglich 2600 Thalern, wie es der Pachtcontract mit ſich gebracht haben würde, — zahlen, lediglich auf die Zeit und die Modalität zu beziehen, zu und unter welcher Kläger dem Beklagten die wegen der in den Jahren 1849 und 1850 an der Ernte erlittenen Verluſte zugeſicherte Entſchädigung von 700 Thlrn. —ˏ —ˏ zukommen laſſen wollte. Hieraus folgt aber ohne Weiteres, daß die ſpätere, noch vor Johannis 1852 eingetretene Auflöſung des Pachtverhältniſſes zwiſchen Beklagtem und Z., an welchen Kläger das verpachtete Gut am 28. April 1851 verkauft hat, keinen Grund abgeben kann, weshalb Kläger die dem Beklagten bei Gelegenheit der Bl. — erwähnten Abrechnung vom 5. Mai 1851 bereits vollſtändig, wiewohl unter Abzug des interusurii, gewährte Entſchädigung zu dem jetzt in Frage ſtehenden Theile zurückfordern könnte. Denn bei Verträgen iſt die Hinzufügung eines beſtimmten dies für die Leiſtung nicht als Bedingung aufzufaſſen, ſondern es wird das Recht auf die Leiſtung, des hinzugefügten dies ungeachtet, ſofort erworben.

vergl. Savigny, Syſtem des heut. Röm. Rechts, 3. Bd. §. 126. S. 210 ff.

Die weitere Vereinbarung aber, daß die Zahlung nicht baar erfolgen, ſondern Beklagter ſich dadurch bezahlt machen ſollte, daß er für die betreffenden zwei Jahre ein um den Betrag der ihm zugeſicherten Entſchädigung geringeres Pachtgeld zahlte, ſonach die contractlich ihm obliegende Mehrzahlung mit dem compenſirte, was ihm Kläger zufolge des Abkommens vom 3. November 1850 zu gewähren zugeſichert hatte, iſt rechtlich ohne Bedeutung, inſofern der Grund hiervon offenbar blos darin zu ſuchen, daß an die Möglichkeit eines früheren Aufhörens des Pachtes damals von den Paciscenten gar nicht gedacht wurde, überdem aber auch Kläger dadurch, daß er vor Eintritt der zur Compenſation beſtimmten Zeit das Beklagtem verpachtete Gut verkaufte, die Zahlungsmodalität durch Compenſation ſelbſt unmöglich gemacht hatte.

Hiernach beantwortet ſich auch die von Klägerm Bl. — aufgeworfene Frage, ob Beklagtem, Falls er nicht ſchon die ſtreitigen 400 Thlr. —ˏ —ˏ inne hätte, diesfalls ein Klagrecht gegen Klägern zuſtehen würde, während das übrige Vorbringen, ſoweit ſich daſſelbe über die Nothwendigkeit einer ſtricten

Interpretation von Schenkungsverträgen und über die Grundlosigkeit der Voraussetzung, daß Beklagtens Schaden durch den Ausfall der Ernte in den Jahren 1849 und 1850 gerade 700 Thlr. —ˢ —ˢ betragen habe, verbreitet, sich von selbst als irrelevant darstellt.

Selbst ganz abgesehen von dem so eben besprochenen Gesichtspunkte würde aber auch noch aus einem anderen Grunde die Klage nicht aufrecht zu erhalten sein.

Kläger führt selbst an, daß er, nachdem er am 28. April 1851 sein dem Beklagten verpachtetes Rittergut an Z. verkauft gehabt, über seine Ansprüche aus dem Pachtverhältnisse mit Beklagtem in Gegenrechnung getreten sei, daß Letzterer ihm hierauf am 5. Mai 1851 die der Klage sub D. beiliegende Berechnung Bl. — übergeben, worin unter anderen auch die jetzt streitigen 400 Thlr. —ˢ —ˢ auf die ihm bis zum 24. April 1851 noch zukommenden Pachtgelder in Abrechnung gebracht, dagegen ihm ein interusurium von 10 Thlrn. —ˢ —ˢ diesfalls zu Gute geschrieben worden, und daß er mit dieser Berechnung sich einverstanden erklärt, auch in deren Gemäßheit die von Beklagtem noch herauszuzahlenden 427 Thlr. 12 Ngr. 1 Pf. anˢ und in Empfang genommen habe. Hiernach liegt allerdings ein Transact unter den Parteien vor über die von Klägern etwa noch aus dem Pachtverhältnisse zu erhebenden Ansprüche. Diese erschienen hierdurch definitiv geregelt und abgethan, und es kann hierbei darauf nichts weiter ankommen, ob die von Beklagtem in Aufrechnung gebrachte Entschädigung für seine Verluste an der Ernte in den Jahren 1849 und 1850 ursprünglich auf einer bloßen Liberalität des Klägers beruhte.

Das fernere Verhältniß Beklagtens zu dem neuen Acquirenten des Rittergutes, nachdem Letzterer einmal die Fortsetzung des Pachtes mit Beklagtem übernommen und Beklagter sich hiermit ebenfalls einverstanden erklärt hatte, blieb dagegen für Klägern eine ganz fremde Angelegenheit; er war nicht befugt, den Willen dieser Personen in Betreff der Fortsetzung oder Aufhebung des Pachtvertrages irgendwie zu beschränken, und es berührte sein Interesse in keiner Weise mehr, ob der Pacht fortgesetzt wurde oder nicht.

Hieraus folgt nun aber auch mit Nothwendigkeit, daß Kläger durch die nachmaligen Verhandlungen zwischen Beklagtem und Z. über Auflösung des Pachtes kein Recht erwerben konnte, eine Leistung zurückzufordern, die er Beklagtem bereits ohne allen Vorbehalt und gegen Entschädigung für die Anticipation derselben vor dem ursprünglich festgesetzten Termine gewährt hatte. Sollte ein solches Recht begründet werden, wiewohl nach dem Bemerkten durchaus nicht abzusehen ist, welche Veranlassung hierzu Kläger hätte haben können, da es sein Interesse gar nicht tangirte, ob der neue Besitzer im Contractsverhältnisse mit Beklagtem blieb oder nicht, so hätte er sich dies allerdings ausdrücklich bedingen müssen, um so mehr, als Beklagter sich mit Recht der Ueberzeugung hingeben konnte, mit Klägern sich völlig auseinander gesetzt zu haben und etwaigen Ansprüchen auf Restitution der bereits gewährten Entschädigung nicht weiter ausgesetzt zu sein, was wiederum, wie nahe genug liegt, auf die Bedingungen, unter welchen Beklagter sich mit Z. über die Auflösung des Pachtverhältnisses vereinigte, nicht ohne Einfluß bleiben konnte. Von einer Bereicherung Beklagtens zum Nachtheile Klägers kann in dem vorliegenden Zusammenhange nicht entfernt die Rede sein, da Kläger dadurch, daß durch Uebereinkunft zwischen Z. und Beklagtem das Pachtverhältniß zwischen diesen Personen aufgelöst worden, irgend einen Nachtheil erlitten zu haben selbst nicht behaupten kann, und ebensowenig sich erkennen läßt, daß Beklagter dadurch einen besonderen Vortheil erlangt habe, die frühere Verwilligung von 700 Thlrn. —ˢ —ˢ Remiß am Pachtgelde aber mit der Fortsetzung des Pachtes zwischen Beklagtem und Z. nicht in der geringsten Beziehung gestanden hat, da die Paciscenten damals an den später eingetretenen Fall des Verkaufes präsumtiv noch gar nicht gedacht haben.

Da die Entscheidung zum Theil wenigstens mit von der nicht völlig zweifellosen Auslegung der Urkunde B. Bl. — abhängig gewesen, so hat man, der erfolgten Bestätigung des vorigen Erkenntnisses ungeachtet, sich doch zur Compensation der Instanzkosten veranlaßt gefunden."

## 49.

### Zu §. 52. des Executionsgesetzes.

Feststellung eines Sustentationsquantums für die Ehefrau, wenn ein Gläubiger des Ehemannes die Nutzungen ihres Illatenvermögens in Anspruch nimmt. — Modalität der Hülfsvollstreckung in den ehemännlichen Nießbrauch an einem Capitale der Ehefrau.

Mitgetheilt von

Herrn Act. S. in R.

Im Jahre 1852 klagte der Pferdehändler und Feldbesitzer A. in Kl.-M. bei dem Justizamte R.

gegen den gewesenen Gutsbesitzer L. in G. im Wege des ordentlichen Processes auf Rückzahlung zweier Darlehne an zusammen 241 Thlr. —⁄ —⁄ sammt Zinsen.

In dem auf den 12. Januar 1853 anberaumten Verhörstermine bat der Beklagte, unter Vorbehalt specieller Erklärung über den Grund der Klage für das Verfahren, bei seiner von dem Proceßgerichte als notorisch betrachteten Vermögenslosigkeit um Ertheilung des Armenrechtes.

Inzwischen hatte der Kläger unter dem Anführen, daß L. sich in Abfall der Nahrung befinde, und gestützt auf zwei vom Beklagten über die geklagten Darlehne ihm ausgestellte Privaturkunden, die Verkümmerung eines Betrages von 910 Thlrn. —⁄ —⁄ von denjenigen 910 Thlrn. 7 Ngr. 8 Pf., welche auf dem vom Beklagten schon früher an X. und Y. verkauften Grundstücke zu G. nebst vierprocentigen Zinsen für dessen Ehefrau als eheweibliches Einbringen hypothekarisch hafteten, beantragt und, um sich in den dem Beklagten, als Ehemanne, gehörigen Zinsen dieses Capitals ein Hülfsobject zu sichern, gegen die Auszahlung jenes Capitals durch X. und Y. an die L.'schen Eheleute und gegen Löschung der fraglichen Hypothek protestirend und eventuell appellirend verlangt, daß die Käufer X. und Y. bedeutet werden möchten, wie sie Zinsen und Capital zur Verfallzeit lediglich zum gerichtlichen Depositum zu zahlen hätten, und daß, wenn solches erfolgt, das fragliche Capital ex deposito anderweit verzinslich angelegt und die zu gewinnenden Zinsen nach rechtskräftiger Entscheidung des gegen L. erhobenen Rechtsstreites an ihn, A., zu seiner allmäligen Befriedigung ausgezahlt werden möchten.

Das Proceßgericht als Hypothekenbehörde erachtete die Forderung für ausreichend bescheinigt, den Nahrungsabfall des L. für notorisch, berücksichtigte daher den gestellten Antrag insoweit, als es die Inhibition der am 1. Januar 1853 fällig gewordenen Zinsen des fraglichen Capitals verfügte, beschied aber im Uebrigen den Antragsteller deshalb,

> weil Impetrant sich selbst bescheide, daß ihm an die verehel. L. kein Anspruch zustehe und der Hauptstamm unantastbar sei, das Gesuch um Eintragung der Protestation und ein Zahlungsverbot an X. und Y. wegen des Capitals auf eine Beschränkung der verehel. L. (?) in der Disposition darüber hinauslaufe, auch die Auszahlung des Capitals an L. allein die Wirkung der Liberation nach Maaßgabe der Verordnung vom 7. Juni 1821 nicht haben und die Zahlenden zum Antrage auf Löschung der betreffenden Hypothek nicht berechtigen würde,

unter Verlautbarung der Appellation abfällig.

Der Kläger beharrte bei seiner Appellation, und es entschied in dessen Folge das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig unter dem 4./26. Januar 1853 theilweis reformatorisch dahin:

„Da ꝛc. und nun unter diesen Umständen der Resolution des Gerichts, soweit sie dem Antragsteller abfällig gewesen, nicht beigetreten werden mag, indem die Zinsen jenes Capitals im Allgemeinen, nämlich insoweit nicht Receptitienqualität nachgewiesen werden könnte und die Beschränkungen des §. 52. des Executionsgesetzes nicht Platz ergreifen, allerdings eintretenden Falls ein geeignetes Executionsobject bilden würden, dessen Sicherung aber eventuell nur dadurch bewirkt werden kann, daß dem Ehemanne die im Zweifel zustehende Disposition über diesen Theil des eheweiblichen Vermögens entzogen wird, in dieser Hinsicht aber der von dem Gläubiger Bl. —⁄ vorgeschlagene Weg, insofern sich dasselbe Resultat nicht auf andere, dem Schuldner minder beschwerliche Weise erreichen läßt, worüber jedoch erst dann, wenn diesfalls Anträge desselben gestellt werden sollten, zunächst in erster Instanz Entschließung zu fassen sein würde, nach Lage der Sache als angemessen sich darstellt, so verordnet das Königliche Appellationsgericht theils in Beachtung der eingangsgedachten Berufung, theils, was die aus dem angezogenen §. 52. herzuleitenden Beschränkungen anlangt, sowohl, soviel den eventuellen Antrag auf Auszahlung lediglich auf Grund der zu gewartenden rechtskräftigen Entscheidung angeht, inmaaßen solche nicht auf Grund dieser, sondern nur auf Grund einer wirklichen Hülfsvollstreckung verfügt werden könnte, unter Verwerfung derselben, an X. und Y. nach dem Antrage Bl. —, soweit solches noch nicht geschehen, übrigens unter Berücksichtigung der Vorschriften der Dec. 27. vom Jahre 1661 und des Erl. Reser. vom 19. Februar 1721, die erforderliche Inhibition zu erlassen und, wenn in Folge dessen jenes Capital nebst Zinsen zu dem gerichtlichen Depositum gelangt, für dessen zinsbare Anlegung Sorge zu tragen, auch die Zinsen, soweit nicht beziehendlich nach §. 52. cit. hierunter etwas Anderes zu bestimmen sein wird, als worüber nach vorgängigem Gehöre der Parteien ebenfalls zunächst in erster Instanz Entschließung zu fassen, zu Gunsten des A. bis auf Weiteres zu asserviren, demgemäß beziehendlich den Letzteren zu bescheiden,

auch das ſonſt in der Sache Erforderliche gebührend zu veranſtalten und zu verfügen, es iſt jedoch A., da ein Widerſpruch des Schuldners nicht vorgelegen, und ebenſowenig nach Lage der Sache dem Gerichte die Uebertragung der durch das eingewendete Rechtsmittel erwachſenen Koſten auferlegt werden mag, zur Tragung derſelben anzuhalten."

Dieſe Deciſivverordnung erlangte Rechtskraft.

Die Ehefrau des Beklagten L. — welcher inmittelſt durch eine Eingabe vom 17. Januar 1853 unter Bezugnahme auf ſeine Inſolvenz die geklagte Forderung ohne Weiteres zugeſtanden hatte — widerſprach nun, auf Grund der mehrangezogenen §. 52. des Executionsgeſetzes, dem Anſinnen des A., indem ſie ſich darauf bezog, daß ihr Anfangs in 1000 Thlrn. —ˢ —ˢ beſtandenes, jedoch in Folge des Nahrungsabfalles ihres Ehemannes auf 910 Thlr. 7 Ngr. 8 Pf. herabgeſunkenes und noch vor Erlaſſung des Zahlungsverbotes an X. und Y. zu Beſtreitung mehrerer nothwendiger Ausgaben um 145 Thlr. —ˢ —ˢ verminderter, alſo nur in 765 Thlrn. 7 Ngr. 8 Pf. beſtehendes Einbringen, wovon ſie überdies die Summe von 220 Thlrn. —ˢ —ˢ einem anderen ehemännlichen Gläubiger zu gewähren unter Beitritt ihres Ehemannes neuerdings gerichtlich verſprochen, bei dem Mangel ſonſtigen Vermögens, bei der Arbeitsſcheu und Trunkſucht ihres Ehemannes, bei dem vorgerückten Alter ihrer ſelbſt und ihres Ehemannes und bei der ihr allein obliegenden Sorge für vier zum Theil noch unerzogene, zum Theil gebrechliche Kinder, eine Schmälerung durch gänzliche oder theilweiſe Entziehung der Zinſen davon nicht zulaſſe, und bat, das erlaſſene Zahlungsverbot wiederum aufzuheben.

Das Proceßgericht beraumte zu wo möglich gütlicher Erledigung der Streitfrage einen Verhörstermin auf den 2. März 1853 an, in welchem die Intereſſenten dahin compromittirten, daß über die Einwendungen der verehel. L. — deren obige Behauptungen durch die Ausſagen der auf ihren Antrag befragten Ortsgerichtsperſonen zu G. Beſtätigung gefunden hatten — ſofort erkannt werden, und X. und Y. bis zum Austrage der Sache das fragliche Capital einſtweilen, unter Einzahlung der Zinſen an das Gericht, noch inne behalten und alsdann gegen einvierteljährige Kündigung auszahlen ſollten.

Am 9. Mai 1853 ertheilte das Proceßgericht in Folge deſſen folgenden Beſcheid:

„Weil es in Notorietät beruht, daß der Ehemann der Impetratin, L., in Abfall der Nahrung gerathen iſt, Impetrant dies auch ſelbſt fol. — angeführt hat, nun aber das Verlangen deſſelben auf Verkümmerung der Nutzungen des Einbringens der Impetratin dem von dieſer dawider erhobenen Widerſpruche gegenüber ebenſowenig im Sinne des §. 52. des Executionsgeſetzes gerechtfertigt erſcheint, als der Antrag auf Hülfsvollſtreckung in ſothanen Nutzungen, wenn ſolcher dermalen an der Zeit wäre, gerechtfertigt ſein würde, anerwogen, daß L. gegenwärtig keine Mittel hat, für den Unterhalt ſeiner Familie zu ſorgen, daß die Bl. — angeregte Frage wegen der Fähigkeit deſſelben, den Unterhalt für ſeine Familie zu verdienen, nach

Beck, Bemerkungen zum Executionsgeſetze, p. 70. ohne entſcheidenden Einfluß iſt, und daß es am Tage liegt, daß jene Nutzungen, ſelbſt abgeſehen von der Bl. — angeführten Verminderung des Capitals, unter den Bl. — flg. angegebenen, Bl. — flg. beſtätigten Umſtänden zur Beſtreitung der Familienbedürfniſſe nicht ausreichend ſind, geſchweige einen Ueberſchuß geben, dergleichen in §. 52. cit. vorausgeſetzt worden;

ſo hat Impetrantens Suchen nicht Statt und iſt daher die sec. fol. — flg. mit — flg. erfolgte Verkümmerung wiederum aufzuheben, Impetrant auch die Koſten dieſer Differenz zu erſtatten ſchuldig."

Impetrant A. appellirte gegen dieſen Beſcheid unter Anführung mehrerer actenwidriger Behauptungen bezüglich der Vermögensverhältniſſe und Arbeitsfähigkeit des Beklagten L. und mit Bezugnahme darauf, daß angeblich noch gar nicht erwieſen, daß das fragliche Capital wirklich die Eigenſchaft eheweiblichen Einbringens der Impetratin habe, worauf folgende Entſcheidung des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig einging und am 24. November 1853 publicirt ward:

„Dieweil dem Kläger daraus, daß er den ſeinen Inhibitionsanträgen Bl. — flg. von der Intervenientin entgegengeſetzten Widerſpruch Bl. — nicht ſofort als begründet anerkannt, vielmehr es erſt auf das Ergebniß der von ihr unternommenen Beſcheinigung ankommen laſſen, der Vorwurf einer muthwilligen Streitſucht, welcher ihn zur Erſtattung der Koſten der Differenz verpflichtete, nicht zu machen iſt, wenn man erwägt, daß er die Exiſtenz des der Intervenientin an den Früchten ihres Illatenvermögens zuſtändigen Competenzrechtes und den beſchränkenden Einfluß deſſelben auf die von den Gläubigern ihres Ehemannes ihrerſeits an die Nutzungen dieſes Vermögens zu machenden Anſprüche an ſich nicht beſtreitet, ſondern nur von der Annahme ausgeht, daß nach Lage der Sache zur Ausübung jenes Rechtes für die Intervenientin kein ausreichender Anlaß geboten ſcheine, dieſe rein factiſche und von der Erörterung der im einzelnen Falle obwaltenden beſonderen

Verhältnisse abhängige Frage aber nicht als eine solche gelten kann, deren Beantwortung schon von Anbeginn an als eine völlig zweifellose zu betrachten gewesen wäre, indem der Umfang der zu inhibirenden Nutzungen hierbei nicht als das allein entscheidende Moment sich darstellt, vielmehr daneben auch außer der Vermögenslage des Ehemannes dessen Erwerbsfähigkeit und sonstige Persönlichkeit in Betracht kommt, den Klägern aber eine vollständige Kenntniß aller dieser Umstände, sowie, daß er den diesfallsigen Angaben der Intervenientin sofortigen Glauben schenke, nicht wohl angesonnen werden konnte,

so ist es bei dem Bl. — zu lesenden, am 9. Mai 1853 publicirten Bescheide, insoweit darin der Kläger zur Erstattung der Kosten der Differenz an die Intervenientin verurtheilt worden, auf die eingewendete Appellation nicht zu lassen, sondern es werden sothane Kosten zwischen Klägerm und der Intervenientin compensirt;

dahingegen ist sothaner Bescheid im Uebrigen, in Betracht, daß

a. dasjenige, was Kläger Bl. — flg. theils über das Vorhandensein von Außenständen, welche Beklagtem zugehörig, theils über den Ertrag der von demselben angeblich betriebenen Mäklergeschäfte angeführt, bei Abhörung der desfalls benannten Zeugen Bl. — flg. und — flg. ohne die erforderliche Bestätigung geblieben,

b. die allgemeine Erwerbsfähigkeit des Beklagten zwar nach der Aussage der Gerichtspersonen Bl. — nicht schlechterdings zu bezweifeln steht, hierdurch allein aber und ohne den gleichzeitigen Nachweis, daß er von seiner Arbeitskraft und den sich darbietenden Gelegenheiten zu Verdienst auch den pflichtmäßigen Gebrauch mache und wirklich soviel erwerbe, als zu dem nothdürftigen Unterhalte seiner Familie gehört, das Recht der Intervenientin auf Sicherung ihrer Existenz durch Ueberlassung eines entsprechenden Theiles der Nutzungen ihres Vermögens nicht als aufgehoben betrachtet werden kann und ein Nachweis der letzteren Art, wie bereits gedacht, zur Zeit nicht geliefert worden, weiter

c. ganz dahin gestellt bleiben kann, inwieweit bei der in Gemäßheit der §. 52. des Executionsgesetzes eintretenden richterlichen Cognition außer auf die persönlichen Bedürfnisse der Ehefrau selbst auch auf die mit dem Beklagten erzeugten Kinder Rücksicht zu nehmen sei, da im vorliegenden Falle, zumal bei der beträchtlichen Minderung, welche der Hauptstamm der Illatenforderung der Intervenientin nach Bl. — und — erlitten, soviel mit ausreichender Sicherheit sich übersehen läßt, daß der Zinsertrag von dem verbleibenden Capitalreste kaum zu Deckung des eigenen nothwendigen Bedarfes der Intervenientin ausreicht, übrigens

d. sich von selbst versteht, daß dem Kläger jedenfalls unbenommen bleibt, bei künftig günstigerer Gestaltung der Erwerbsverhältnisse oder der sonstigen Vermögenslage des Ehemannes der Intervenientin mit erneueten Inhibitionsanträgen hervorzutreten,

der eingewendeten Appellation ungeachtet zu bestätigen, es werden jedoch schon mit Rücksicht auf den theilweisen Wechsel der Entscheidungen die Kosten des Rechtsmittels zwischen den Parteien aufgehoben."

Auf Klägers nochmalige, mit neuen Thatsachen und Behauptungen nicht unterstützte Appellation erfolgte unter dem $\frac{17.\text{ Januar}}{23.\text{ Februar}}$ 1854 ein das vorgedachte Urthel aus den demselben einverleibten Gründen lediglich bestätigendes und den Appellanten in Erstattung der Kosten der anderweiten Berufung — indem die in dem vorigen Erkenntnisse für die Compensation der Proceßkosten erster Instanz geltend gemachten Rücksichten hier nicht einschlagen — verurtheilendes Erkenntniß des Königlichen Oberappellationsgerichts, welches in Rechtskraft überging.

## Miscellen.

**Orden.** Se. Königl. Majestät haben zu genehmigen geruht, daß der Kreisdirector von Broizem zu Leipzig das von Sr. Hoheit dem Herzoge zu Sachsen-Altenburg ihm verliehene Comthurkreuz 1. Classe des Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens annehme und trage.

**Todesfälle.** Gestorben: am 20. April 1854 der Advocat und Rathsactuar Julius Kittler zu Leipzig; am 22. April 1854 der Geheime Regierungsrath Ernst Friedrich Hartz zu Zwickau; am 1. Mai 1854 der Rechtsconsulent Dr. Ernst Wilhelm Seyffert aus Dresden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 27.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 50.

### Der in der Convention verurtheilte Beklagte kann für die Widerklage den Urkundenproceß wählen.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. R—r in D.

(Vergl. hierzu Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle von 1844. no. 32. S. 94.)

Der Zustandsvormund des taubstummen v. F. hatte bei E. F. ein verzinsliches Capital von 2281 Thlrn. 7 Ngr. 3 Pf. außenstehen, und bereits im Jahre 1844 durch Executionsklage die davon auf die Zeit vom 15. Juni 1841 bis 15. December 1843 rückständigen Zinsen von 228 Thlrn. 3 Ngr. 8 Pf. eingefordert. Im Jahre 1848 erhob ebenderselbe Executivklage gegen E. F. auf Bezahlung dieser Capitalzinsen, wiederum vom 15. Juni 1841 an bis zur Klaganstellung und fernerweit. In dem darauf abgehaltenen Termin und Verfahren hatte der Beklagte auf irgend eine Quittung bezüglich des libellatum sich nicht bezogen, und wurde rechtskräftig verurtheilt; derselbe erhielt auch darauf eine Zahlungsauflage, worin das Liquidum auf 988 Thlr. 20 Ngr. 2 Pf. festgestellt war, im März 1852 behändigt. Nachdem er noch am 29. desselben Monats dieser Auflage vollständig, sowie ohne Protestation und Vorbehalt, nachgekommen war, erhob er im April 1852 eine ausschließlich auf Urkunden gestützte Widerklage in Form einer Executivklage gegen den Zustandsvormund des v. F., worin er geltend machte, daß er von den in der Vorklage geforderten und im März 1852 bezahlten Zinsen den Betrag von 228 Thlrn. 3 Ngr. 8 Pf., sowie 54 Thlr. —ˢ —ˢ und 91 Thlr. 6 Ngr. 4 Pf., als die vom 15. Juni 1841 bis 28. Juni 1845 verstandenen Zinsen, mithin zusammen 373 Thlr. 10 Ngr. 2 Pf., bereits früher gegen Quittung richtig abgeführt habe, und forderte zum Beweis darüber Recognition von elf beigelegten Urkunden sub A. bis L., unter denen sich die betreffenden außergerichtlichen Quittungen sub C., I., K. und L. befanden. Widerkläger bezog sich dabei noch darauf, daß er, nur gezwungen und um der Execution zu entgehen, der an ihn erlassenen Auflage am 29. März 1852 vollständig Genüge geleistet, dabei aber obige 373 Thlr. 10 Ngr. 2 Pf. zu viel und zum zweiten Male bezahlt habe, und forderte im Petitum diesen Betrag nebst Verzugszinsen von Zeit erhobener Widerklage zurück.

In der darauf bewirkten Einlassung schützte Widerbeklagter nur vor, daß Widerkläger das auf Grund des Vorprocesses festgestellte Liquidum von 988 Thlrn. 20 Ngr. 2 Pf. ohne Vorbehalt und Protestation bezahlt habe, und demnach (u. A. nach Wernher, sel. obs. for., p. II. obs. 409. n. 2.) der Ausflucht der Zahlung verlustig sei. Die der Klage beigelegten Urkunden wurden, soweit sie der Recognition bedürfend, und mit Ausnahme der sub C., I., K. und L. (als welche nicht mit dem vollständigen Vornamen und zugleich mit einem der Verwechselung ausgesetzten Namen einer dritten, bereits verstorbenen Person unterschrieben seien), recognoscirt.

Nachdem noch Widerkläger in der Replik darauf verwiesen hatte, daß der Grund einer Widerklage in der Vorklage als Ausflucht nicht vorgeschützt worden zu sein brauche (Kori, Executivproceß, §. 29. S. 70. und Wochenblatt für merkw. Rechtsf., 1842. S. 58.), und selbst die Ausflucht der Compensation und der Zahlung jeder Zeit in der Widerklage aus-

geführt werden könne, derselbe auch nachgewiesen hatte, daß eine Verwechselung des den Documenten C., I., K. und L. unterstehenden Namens mit dem einer andern Person nicht möglich sei, wurde am 30. September 1852 folgendes Erkenntniß des Königlichen Spruchcollegiums publicirt:

„Da die von dem Widerkläger erhobene Reconvention zwar keineswegs um deswillen verworfen werden kann, weil die jetzt geltend zu machende Ausflucht der Zahlung nicht bereits in der Convention vorgeschützt worden ist,

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle vom Jahre 1842. S. 58. Nr. 15.

wohl aber dem Anbringen der Umstand entgegensteht, daß dasselbe in Form einer Executivklage erhoben worden, was schon um des Zweckes einer Widerklage willen und weil alsdann im Widerspruche mit dem Grundsatze: reconventio reconventionis non datur, dem Widerbeklagten eine neue Widerklage zur Ausführung etwaniger Repliken gestattet werden müßte, was, wenn dieser wiederum die Form der Executivklage wählte, möglicher Weise zu einer endlosen Reihe von Processen führen würde, in deren keinem zu einer definitiven Entscheidung zu gelangen wäre,

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle vom Jahre 1844. S. 95.

Höpfner, Beiträge zur civilgerichtlichen Praxis, Bd. I. S. 203.

— und wenn auch damit keineswegs ausgeschlossen ist, daß ein Beklagter, welcher in einem Executivprocesse condemnirt worden, eine Behauptung, die ebensowohl zu Begründung einer Exception als einer selbstständigen Klage geeignet erscheint, wie dies namentlich bei der Compensation der Fall ist, auch als Executivklage auszuführen berechtigt sei, dies doch niemals dann geschehen kann, wenn jene Behauptung eine reine peremtorische Exception, d. h. eine solche ist, welche zwar zur Ablehnung des klägerischen Anspruchs, nicht aber zur Erhebung einer selbstständigen Klage sich eignet, — nun aber in dem hier vorliegenden Rechtsstreite der Widerkläger lediglich eine solche peremtorische Ausflucht im engern Sinne — bemerkter Maaßen die der Zahlung — auszuführen unternommen;

so hat dessen Suchen, immaaßen es angebracht, nicht Statt, er ist auch die auf diesen Proceß verwandten Unkosten, soweit solche überhaupt zur Restitution sich eignen, als worüber, da nöthig, in der Executionsinstanz Bestimmung zu treffen sein wird, dem Widerbeklagten zu erstatten schuldig."

Widerkläger, welcher gegen dieses Erkenntniß Appellation einwendete, machte dabei besonders gegen die aufgestellte Regel, daß eine Widerklage in Form des Executivprocesses nicht erhoben werden dürfe, geltend, daß solche jedenfalls dann eine Ausnahme erleiden müsse, wenn es sich, wie hier, um später (nach Beendigung der Vorklage) aufgefundene Quittungen handele, indem ihm diesfalls nicht angesonnen werden könne, sein Recht in der der Natur einer Quittung fremden Proceßart, einem Ordinarprocesse, auszuführen, oder auf die rechtliche Wirkung der Quittung gänzlich zu verzichten.

Es wurde jedoch auf die eingewendete Appellation folgendes confirmatorisches Erkenntniß des Königlichen Appellationsgerichts zu Zwickau am 2. September 1853 publicirt:

„Weil, wie bereits Bl. — gezeigt worden, nach der richtigern Ansicht eine in Form des Urkundenprocesses angestellte Widerklage als solche nicht statthaft, aber auch selbst hiervon abgesehen die vorliegende Widerklage für den Executivproceß gar nicht ausreichend begründet ist, immaaßen einerseits die als Urkunden C., I. und K. inducirten Briefe Bl. — und — über die Person des Adressaten keine Auskunft geben, auch überdies in Verbindung mit der Urkunde L. Bl. — in keinem Falle ein Mehreres, als die erfolgte Bezahlung der auf die Zeit vom 15. Juni 1841 bis zum 15. December 1844 abgelaufenen Zinsen, nachzuweisen geeignet sein würden, andererseits von dem Widerkläger nicht blos, daß er sothane Zinsen doppelt bezahlt habe, sondern auch zur Begegnung der bei dem Vorhandensein jener Quittungen sich aufdrängenden Vermuthung der wissentlich erfolgten Zahlung einer Nichtschuld das Erforderliche darzulegen und urkundlich beizubringen gewesen wäre, der Mangel derartiger, die Annahme eines geflissentlich gezahlten Indebitums entkräftenden Behauptungen jener Widerklage aber auch dann entgegenstehen würde, wenn man sie als eine selbstständige und im Ordinarprocesse angestellte Klage betrachten, und davon, daß eine stillschweigende Erstreckung der Gerichtsbarkeit vorliege, ungeachtet des Umstandes, daß Widerbeklagter als solcher gar nicht in der Lage war, gegen die Competenz des Proceßgerichts Ausstellungen zu erheben, ausgehen könnte; so ist eingangsgedachtes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, es werden jedoch, weil die rechtliche Beurtheilung des gegenwärtigen Falles nicht als völlig zweifellos erschienen, die Kosten des eingewendeten Rechtsmittels unter den Parteien gegeneinander aufgehoben."

Auf die vom Widerkläger in der Hauptsache, und vom Widerbeklagten der Kostencompensation wegen gegen dieses Urthel eingewendeten Appellationen erkannte das Königliche Oberappellationsgericht unterm 14. Februar 1854 dahin:

„daß die Appellation des Widerbeklagten für unzuläſſig zu erachten; die Appellation des Widerklägers anlangend, iſt es bei dem gedachten Urthel und dem dadurch beſtätigten Erkenntniſſe der erſten Inſtanz Bl. —, ſo weit darin das Suchen des Widerklägers durchaus in angebrachter Maaße abgewieſen wird, nicht zu laſſen, ſondern es iſt der Widerbeklagte von den in Folge der Vorklage beſage der Urkunde H. Bl. — erhaltenen 988 Thlr. 20 Ngr. 2 Pf. den Betrag von Dreihundert Neunzehn Thalern 10 Ngr. 2 Pf. nebſt fünfprocentigen Zinſen vom 26. Mai 1852 an den Widerkläger zurückzuzahlen ſchuldig, und ſind die Koſten des Proceſſes unter den Parteien gegen einander aufzuheben. Dahingegen ſind die vorigen Erkenntniſſe, inſoweit darin das Suchen des Widerklägers im Betreff der in der Urkunde I. Bl. — gedachten 54 Thlr. —ſ —ſ und der Erſtattung der in der Conventionsſache erwachſenen Koſten in angebrachter Maaße abgewieſen wird, wie hiermit geſchieht, zu beſtätigen, und auch die Koſten jetziger Inſtanz zwiſchen den Parteien zu compenſiren."

In den beigefügten Entſcheidungsgründen iſt, nach vorausgeſchickter Prüfung der beigefügten Beweisurkunden, und nachdem die Urkunde I. zum Beweis des angeblich ſchon früher gezahlten Zinsbetrages von 54 Thlrn. —ſ —ſ für unzureichend erklärt worden, Folgendes ausgeſprochen:

„Die Einwendung des Widerbeklagten Bl. —, daß der Widerkläger

a) das in der Conventionsſache feſtgeſtellte Liquidum ohne Vorbehalt und Proteſtation bezahlt, auch

b) in der Convention die Ausflucht der Zahlung nicht vorgeſchützt habe,

iſt unerheblich.

Der Bl. — citirte Rechtslehrer (Wernher, P. II. obs. 409.) ſagt weder das Eine, noch das Andere.

Für die Behauptung,

ad a. daß der im Executivproceſſe verurtheilte Beklagte, wenn er bei der Bezahlung des Liquidums keinen Vorbehalt oder keine Proteſtation beifügt, der Reconvention verluſtig werde, läßt ſich weder eine geſetzliche Vorſchrift, noch der Gerichtsbrauch anführen. Im Gegentheile ſteht es nach der Praxis feſt, daß ſelbſt dann, wenn dem verurtheilenden Erkenntniſſe im Executivproceſſe die ausdrückliche Verweiſung der vorgeſchützten, doch in dieſem Proceſſe nicht zu beachten geweſenen Ausflüchte in die Wider- oder beſondere Klage nicht beigefügt wird, das doch dem Beklagten das Recht auf das Eine oder das Andere nicht entzieht. Eben ſo wenig geht,

ad b. wie bereits die erſte Inſtanz Bl. — dem Widerbeklagten eingehalten hat, dem Beklagten in der Executivſache dadurch, daß er darin gar nicht excipirt, das Recht verloren, ſeine etwanigen Exceptionen mittelſt der Wider- oder beſonderen Klage geltend zu machen.

Zwar äußert Biener, im syst. proc. §. 246. ed. noviss., der im Executivproceſſe ungehorſame Beklagte werde nicht nur re et expensis, ſondern auch jactura exceptionum verurtheilt, indem er ſich in der Note 2. auf §. 9. des Anh. zur Erl. Proc.-Ordn. bezieht, und eine Ausnahme nur dahin ſtellt, daß diejenigen Einreden, welche auf einem ſelbſtſtändigen Klaggrunde beruhen, mittelſt beſonderer Klage nachher geltend gemacht werden könnten. Und im §. 311. ſetzt er, bei der Lehre von der Reconvention, einen Unterſchied zwiſchen dem gemeinen und dem ſächſiſchen Rechte darein, daß jenes die exceptiones omissas desertasve nicht, dieſes aber ſie ausſchließe, wobei er in der Note 10. die Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 6. §. 2. allegirt. Auf gleiche Weiſe ſcheint Griebner, im Disc. zur Erl. Proc.-Ordn. tit. 6. §. 2. ad v.: „Weggelaſſen" S. 111. der Küſtner'ſchen Ausgabe, die nurangezogene Geſetzſtelle auszulegen. Allein dieſe Geſetzſtelle (§. 2. ad tit. 6.), lautend: „Gleichwie auch in processu ordinario, da Beklagter ſeine exceptiones in dem Gegenbeweiſe genugſam deduciren kann, wenn er deren Eine oder die Andern weggelaſſen oder ſich daran verſäumt, ingleichen in causis mutuarum injuriarum, die Reconvention gänzlich ceſſiren ſoll," ſpricht nur davon, daß der im ordentlichen Proceſſe verurtheilte Beklagte die Reconvention nicht anſtellen, und ſich derſelben dazu, die darin weggelaſſenen oder verſäumten Einreden nachträglich geltend zu machen, nicht bedienen dürfe. Und im §. 8. des Anh. zur Erl. Proc.-Ordn. wird neben der Aufhebung der Vorſchrift in der Geſetzgebung von 1661, nach welcher der Beklagte im Executivproceſſe mit ſeinen Exceptionen binnen drei Wochen von inſinuirter Klage an hervorzutreten hatte, und neben der dem Beklagten ertheilten Geſtattung, ſeine Einreden im Termine auf die Executivklage vorzubringen, beſtimmt, daß im Executivproceſſe nur liquide Einreden zu beachten, die illiquiden, auf weiterer Erklärung beruhenden Ausflüchte aber zur Reconvention oder beſondern Ausführung zu verweiſen ſeien. Wäre es die Abſicht des Geſetzgebers geweſen, der Entſcheidung im Urkundenproceſſe mehr, als die Eigenſchaft einer proviſoriſchen, auf das Ergebniß der beigebrachten Urkunden gerichteten beizulegen,

ihr eine das Rechtsverhältniß selbst definitiv feststellende Wirkung zu ertheilen, und die Befolgung des für den ordentlichen Proceß hinsichtlich des Gebrauchs der peremtorischen Exceptionen bestehenden Eventualprincips (s. Proc.-Ordn. Tit. 11. §. 10. und Erl. §. 4.) für den Executivproceß anzuordnen, mithin dem Beklagten, welcher im Executivprocesse nicht excipirt oder im Termine ausgeblieben ist, die Geltendmachung seiner Einrede mittelst der Reconvention oder besondern Klage zu versagen, so würde dies ausdrücklich auszusprechen gewesen, und um so gewisser auch ausgesprochen worden sein, als die Erledigung der Landesgebrechen vom Jahre 1661. Tit. von Just.-Sachen §. 5. das bestimmte Anerkenntniß — im C. A. Th. I. S. 213. v.: „oder er bliebe in termino ohne ehehaftliche Verhinderung außen, soll er damit nicht gehöret, auch in einem solchen Falle ꝛc. Beklagtem seine habende Exceptionen in der Reconvention zu suchen, abermals vorbehalten werden") — des dem Beklagten zustehenden Rechtes enthält, auch die im Executivprocesse versäumten Exceptionen in der Reconvention geltend zu machen.

Ganz richtig bemerkt daher schon

Küstner zu Griebner's Disc. S. 111. Not. 47 b. und S. 539. Not. 90.,

daß der Beklagte, wenn er auch nicht erscheint oder keine Exceptionen opponirt, doch diesfalls die Reconvention anstellen könne, und dasselbe geschieht von

Hommel, in rhaps. obs. 397.

Kori, im Executivproc., §§. 21. 29. u. Not. 214.

Osterloh, im summar. Proc., 2. Aufl. §. 20. S. 44. 45. — §. 29. S. 63. und Not. 5. — §. 36. Not. 7. S. 82. — §. 38. Not. 14. S. 97.

Selbst

Biener, in quaest., cap. 67. in opusc. Vol. II. No. 60. pag. 266.

bekennt sich später zu der Ansicht, daß der Ungehorsam des Beklagten im Executivprocesse sich eben nur auf diesen Proceß beschränke, und dem Beklagten dadurch das auf seinen darin nicht vorgeschützten Exceptionen beruhende Recht selbst und dessen Ausführung in einem andern Processe nicht entzogen werde.

Dafür hat sich denn auch in Sachsen ein constanter Gerichtsbrauch entschieden.

Eine weder von den Widerbeklagten im ersten Verfahren, noch von der ersten Instanz erhobene Einwendung wird von der zweiten Instanz Bl. — darauf gestellt, daß die Widerklage, als condictio indebiti, unschlüssig erscheine. Da sich nämlich bei dem Vorhandensein der der Widerklage beigelegten Quittungen die Vermuthung der wissentlich erfolgten Zahlung einer Nichtschuld aufdränge, so hätte der Widerkläger sich nicht blos darauf, daß er die Zinsen doppelt bezahlt habe, sondern auch auf solche Umstände beziehen und sie urkundlich beibringen sollen, welche geeignet wären, jene Vermuthung zu entkräften.

Allein hierbei hat die vorige Instanz gerade den wesentlichsten Punkt übersehen. Der Satz, daß eine wissentlich gezahlte Nichtschuld nicht zurückgefordert werden dürfe (l. 1. §. 1. D. de cond. indeb., 12, 6. — l. 9. pr. C. eod., 4, 5.), beruht auf der Voraussetzung, daß die Zahlung freiwillig geleistet wurde (l. 7. §. 2. sequ. D. pro emtore, 41, 4.), und auf dem einleuchtenden Grunde: donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur (l. 29. pr. D. de donat., 39, 5. — l. 82. D. de reg. jur., 50, 17.). Wo eine Nöthigung zur Zahlung eintrat, kann die Zahlung nicht als eine Liberalität gelten (l. 18. fin. D. de adim. leg., 34, 4. „cum nemo in necessitatibus liberalis existat"). Daß aber von demjenigen, welcher im Executivprocesse verurtheilt worden ist, in dessen Folge eine Hülfsauflage erhalten und, zu Vermeidung der Hülfsvollstreckung, das Liquidum bezahlt hat, nicht gesagt werden könne, er habe freiwillig eine Nichtschuld bezahlt, liegt so offen vor, daß es weiterer Auseinandersetzungen deshalb eben so wenig, als eines umständlicheren Eingehens auf die Frage bedarf, ob die Widerklage als eine condictio indebiti oder nicht vielmehr als eine condictio sine causa (l. 1. §. 3. D. de condict. sine causa, 12, 7. — l. 6. D. de donat. int. vir. et ux., 24, 1.) zu betrachten, und ob nicht insofern, als die proceßrechtlichen Vorschriften selbst dem im Executivprocesse verurtheilten Beklagten die Geltendmachung der darin nicht vorgebrachten oder nicht beachteten Ausflucht der Zahlung mittelst der Widerklage gestatten, und ihm zugleich die Verbindlichkeit auflegen, unerwartet des Ausganges der Reconventionssache sich der Convention zu entbrechen, die Anwendbarkeit der Principien über die Condictionen des römischen Rechtes auf die Beurtheilung der Schlüssigkeit einer solchen Widerklage überhaupt erheblichen Bedenken unterliegen möchte.

Von der ersten Instanz ist Bl. — die Klagabweisung lediglich darauf gesetzt worden, daß für die Widerklage der Urkundenproceß gewählt worden sei, eine Reconvention aber nur im Wege des ordentlichen Processes geltend gemacht werden könne. Diese Ansicht hat die zweite Instanz Bl. — gebilligt, obwohl sie die Bestätigung der Klagabweisung noch auf andere, nach dem ad 1. und 4. bereits Erörterten für unerheblich zu haltende Momente stützt.

Für diese Ansicht haben sich, außer dem Königl. Appellationsgerichte zu Dresden in dem S. 95. des Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle v. J. 1844 abgedruckten Erkenntnisse und dem Bl. — a. E. citirten Schriftsteller, auch

Biener, im syst. proc. §. 313. und

Osterloh, im summ. Proc. §. 30. S. 67.

erklärt. Wie jedoch schon die Herausgeber der neuesten Auflage von Biener's Proceß in der Note 1. Th. II. S. 240. einen Zweifel dagegen erhoben, so hält auch

Kori, im Executivproceß Th. 2. §. 9. S. 106. der 2. Auflage,

die Anstellung der Reconvention im Wege des Executivprocesses für statthaft, nur beifügend, es werde dies um deswillen nicht leicht vorkommen, weil der Widerkläger, hätte er Urkunden gehabt, solche wohl gleich in der Convention zu Widerlegung der Klage vorgebracht haben würde.

Eine gesetzliche Vorschrift, worin es dem im Executivprocesse verurtheilten Beklagten versagt würde, die Geltendmachung der darin nicht vorgeschützten oder nicht beachteten Ausflüchte auf Urkunden zu stützen und dazu, so wie es der mit Urkunden versehene Kläger bei der Convention gethan hatte, den Executivproceß zu wählen, ist nicht vorhanden, und weder in den vorigen Urtheln, noch in den oben erwähnten Schriften zu beziehen gewesen. Schon dies allein erregt erhebliche Bedenken gegen die fragliche Ansicht, nach welcher, obwohl das allgemeine Princip der Rechtsgleichheit beider Parteien im Processe noch besonders in Bezug auf die Reconvention im cap. 2. X. de mutuis petitionibus, 2, 4. („cum actoris et rei eadem sit conditio et uno eodemque jure debeat uterque censeri") anerkannt wird, der Beklagte im Executivprocesse weniger Recht haben soll, als der Kläger. Es müßte also zur diesfallsigen Supplirung des Gesetzes durch den Gerichtsbrauch in der Natur der Sache eine, dies rechtfertigende, unabweisbare Veranlassung liegen, was jedoch nicht der Fall ist.

Von Biener a. a. O. wird als Grund, warum der Executivproceß zur Reconvention sich nicht eigne, blos angegeben, weil der Beklagte, welcher seine Ausflüchte durch Urkunden beweisen könne, der Reconvention nicht bedürfe. Daß dies an sich kein Grund sei, weshalb es für unzulässig gehalten werden müßte, wenn der Beklagte, welcher im Executivprocesse die zur Bescheinigung seiner Einreden dienenden Urkunden nicht bei der Hand hatte und nicht davon Gebrauch machte, nachher die Reconvention im Wege des Executivprocesses anstellt, leuchtet ohne Weiteres von selbst ein. Unverkennbar geht Biener hierbei von der Ansicht aus, daß der Beklagte im Executivprocesse von den ihm zustehenden Ausflüchten Gebrauch machen müsse, und daß er, wenn er in der Convention dies nicht gethan, solche nachher in der Reconvention nicht ausführen dürfe. Daß aber diese Ansicht unrichtig ist, der Beklagte vielmehr auch die im Executivprocesse gar nicht vorgeschützten Ausflüchte nachher mittelst der Reconvention oder besondern Klage ausführen kann, ist oben gezeigt worden.

Das Axiom: reconventio reconventionis non datur, worauf vornämlich von der ersten Instanz Bl. — sich gestützt wird, ist überhaupt ein bestrittenes. So äußert Leyser in sp. 123. cor. 3. mit Bezugnahme auf Schilter: „etiam reconventio reconventionis datur, h. e. reconventus actor habet iterum jus reconveniendi reconvenientem," und Gönner im Handb. d. gem. Proc., Th. 1. Anh. 25. §. 10. S. 526. gestattet, dies als die Meinung der Praktiker bezeichnend, die Widerklage gegen eine Widerklage wenigstens bei conneren Sachen. Dem pflichtet auch Biener in der dem §. 313. beigefügten Observation S. 240. bei, so viel das gemeine Recht betrifft, indem er, das sächsische Recht anlangend, die Geltung gedachter Regel darauf setzt, daß die Reconvention, gesetzlicher Vorschrift gemäß, in einem besondern Processe zu verhandeln wäre, in welchem der Gegner zum Beweise seiner Exceptionen gelassen würde. Diese Argumentation beruht unverkennbar auf der Voraussetzung, daß die Reconvention im Wege des ordentlichen Processes angestellt worden sei, und sie beweiset also nicht, daß der im Executivprocesse verurtheilte Beklagte die Reconvention im Wege des ordentlichen Processes anstellen müsse.

Nicht unrichtig bemerkt Kori a. a. O., daß, wenn der Kläger seine etwanigen Repliken zur Widerlegung der im Wege des Executivprocesses erhobenen Reconvention nicht sofort urkundlich nachweisen könne, die deshalb von ihm nachher anzustellende Klage keine eigentliche Widerklage sei, da sie im ordentlichen Gerichtsstande des Beklagten verhandelt würde, und somit einer der wesentlichsten Unterschiede, welche nach dem sächsischen Rechte zwischen der Widerklage und einer besondern Klage bestehen, wegfiele.

Die Aeußerung der ersten Instanz Bl. —, daß der im Executivprocesse verurtheilte Beklagte zwar eine solche Exception, welche, wie die der Compensation, eine selbstständige Klage begründet, nachher mittelst einer Executivklage ausführen, dies aber bei einer mit deren Gegenstande der Convention in Verbindung stehenden Einrede, wie der der Zahlung, nicht thun dürfe, — eine Meinung, welche die zweite

Instanz Bl. — nicht zu theilen scheint, — geht weiter, als die aus der Zulassung des Urkundenprocesses für die Reconvention abgeleitete Besorgniß eines Verstoßes gegen die vorher bezogene angebliche Regel: reconventio reconventionis non datur. Wenn der Beklagte im Executivprocesse, wie Bl. — von der ersten Instanz angenommen wird und oben gezeigt wurde, die darin nicht vorgeschützte Ausflucht der Zahlung nicht ganz verliert, sondern solche nachher noch geltend machen kann, so läßt sich in der That ein haltbarer Grund nicht absehen, und ein solcher ist auch in den vorigen Erkenntnissen nicht bezogen worden, warum der Beklagte, dafern er eine besondere Klage deshalb erhebt, dabei auf den ordentlichen Proceß beschränkt und ihm nicht gestattet sein sollte, den Urkundenproceß zu wählen.

Der Zweck der Widerklage, worauf Bl. — weiter hingewiesen wird, erfordert eine solche Beschränkung nicht. Da nach der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 6. §. 1. und 2. dem im ordentlichen Processe belangten Beklagten die Reconvention nicht zusteht, sondern solche nur, wenn die Convention im Urkundenprocesse erhoben worden ist, stattfindet, und da sie selbst dann, wenn sie gleichzeitig mit der Convention oder vorher angebracht worden ist, nicht in demselben Processe, sondern in besondern Acten verhandelt werden soll, so kann bei der Gestattung dieser sächsischen Reconvention der Zweck nur vornämlich der sein, damit durch die dem mit Urkunden versehenen Gläubiger günstigen Vorschriften über den Executivproceß dem Beklagten, welcher in der ihm zur Vertheidigung gegen die Urkundenklage offnen Frist seine Einreden urkundlich nachzuweisen nicht vermag, kein materieller Rechtsnachtheil bereitet, daher in der Executivsache die Entscheidung lediglich auf das, was durch die darin beigebrachten Urkunden liquid gemacht werde, beschränkt und insonderheit dem Beklagten die Füglichkeit gewährt werde, sich nachher durch Uebernahme der Parteirolle des Klägers, gegen die Executivklage besser, als es in solcher geschehen, zu vertheidigen. Diesem Zwecke läuft es offenbar nicht zuwider, wenn der Beklagte die Reconvention ebenfalls im Urkundenprocesse anbringt. Nicht läßt sich hiergegen einhalten, die Reconvention sei von dem sächsischen Gesetzgeber vornämlich mit dazu bestimmt, das materielle Rechtsverhältniß zwischen den Parteien zu einem definitiven Abschlusse zu bringen, und deshalb den im Executivprocesse in Anspruch genommenen Beklagten zur Anstellung des ordentlichen Processes zu nöthigen.

Die Bl. — hiernächst hervorgehobene Rücksicht darauf, daß durch Gestattung des Executivprocesses für die Ausführung der darin nicht attendirten oder vom Beklagten nicht vorgebrachten Einreden dem Kläger das Recht zu Geltendmachung seiner etwanigen Repliken verkürzt werden würde, erledigt sich schon dadurch, daß ja dem Kläger, dafern er seine Repliken nicht urkundlich nachweisen kann, das Recht nicht entzogen wird, sie nachher ebenfalls mittelst einer Reconvention oder besondern Klage geltend zu machen.

Endlich wird von der ersten Instanz Bl. — noch bemerkt, es würde, wenn man dem Beklagten für die Reconvention die Form des Executivprocesses gestatten wolle, und dem zu Folge dem Kläger zur Ausführung seiner Repliken eine reconventio reconventionis einräumen müßte, dies möglicher Weise zu einer endlosen Reihe von Processen führen, in deren keinem zu einer definitiven Entscheidung zu gelangen wäre. Diese Bemerkung würde, wäre sie als ein Grund zu betrachten, weshalb gerade dem Beklagten es untersagt werden müßte, bei der Geltendmachung seiner im Executivprocesse nicht beachteten Einreden ebenso, wie es der Kläger bei der Anstellung der Executivklage gethan hatte, den Urkundenproceß zu wählen, nicht blos dahin, in Anwendung des Satzes: reconventio reconventionis non datur, den Urkundenproceß bei der Reconvention auszuschließen, sondern dahin führen, auch bei Anstellung einer besondern Klage Behufs der Ausführung der im Executivprocesse nicht vorgeschützten Einreden des Beklagten die Form des Urkundenprocesses für unstatthaft zu erklären. Und dies wird nicht einmal von den Schriftstellern, welche die Form des Executivprocesses für die Widerklage für unstatthaft erachten, behauptet, indem sie dies blos mit dem Satze: reconventio reconventionis non datur, für unverträglich halten. Wählt aber der Beklagte, zu Ausführung seiner Ausflüchte mittelst einer besondern Klage, den Weg des Urkundenprocesses, und kann er damit von dem Richter, unter Bezugnahme auf jene Besorgniß einer Vermehrung der Processe, nicht zurückgewiesen werden, so ist in der That nicht abzusehen, wie diese Rücksicht für die Ausschließung des Urkundenprocesses blos bei der Reconvention einen Grund abgeben könnte. Uebrigens beruht die gedachte Besorgniß eben nur auf der Annahme einer denkbaren Möglichkeit, keineswegs aber auf einer solchen Wahrscheinlichkeit, welche den Richter berechtigte, aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit oder Angemessenheit eine in den Proceßgesetzen nicht vorgeschriebene Beschränkung der einen Partei gegen die andere anzuordnen. Ganz gewiß wird der im Executivprocesse belangte Beklagte, in der Regel wenigstens so viel er es vermag, durch den Gebrauch der zum Nachweise seiner Einreden dienenden Urkunden die Ver-

urtheilung im Executivproceſſe abzuwenden ſuchen. Iſt ihm dies aber, ſei es nun, weil er die Urkunden nicht bei der Hand, oder davon, oder ſogar von der Einrede ſelbſt noch keine Kenntniß erlangt hat, in der ihm durch die Ladung auf die Executivklage gelaſſenen Friſt nicht möglich, ſo würde es um ſo weniger mit den Forderungen der Rechtsgleichheit und Billigkeit in Einklang gebracht werden können, wollte man ihm das von dem Kläger bei Anſtellung der Executivklage gegen ihn geltend gemachte Recht verſagen, ſeine in der Reconvention auszuführenden Einreden auf Urkunden zu ſtützen und dazu die den Urkunden entſprechende Proceßform zu wählen.

Wie es, dem Vorerörterten nach, kein Bedenken finden konnte, reformatoriſch den Widerbeklagten in die Herausgabe des Betrages der doppelt erhobenen Zinſen auf die Zeit vom 15. Juni 1841 bis zum 15. December 1844 zu verurtheilen, ſo iſt im Betreff der Verbindlichkeit des Widerbeklagten zur Entrichtung fünfprocentiger Zinſen von dieſem Betrage nur zu bemerken, daß der Widerkläger ſelbſt Bl. — ſeinen Antrag blos auf Zinſen von Zeit der Klage an beſchränkt hat, und dieſer Antrag erſcheint ſogar nach den über die Wirkung der Condictionen in Sachſen beſtehenden Principien zweifellos als begründet (Curtius, Handbuch des Civilrechts, Band III. §§. 1207. 1210. Ausg. von Schwarze). Auf Erſtattung der in der Conventionsſache erwachſenen Koſten hat der Widerkläger keinen Anſpruch, da die Widerklage nur einen Theil deſſen, wozu der Widerkläger in der Vorklage verurtheilt worden iſt, betrifft, und da die Proceßkoſten in der Conventionsſache großen Theils compenſirt worden ſind, die Verurtheilung des Widerklägers in die von Bl. — Act. Conv. Tit. VIII. Lit. II. No. — an erwachſenen Koſten aber darauf beruht, daß ſolche lediglich von dem Widerkläger durch unterbliebene Leiſtung eines angenommenen und rechtskräftig ihm zuerkannten Eides verurſacht worden ſind.

Die Compenſation der in dieſer Reconvention und durch die Appellation des Widerklägers entſtandenen Koſten findet ſchon in der Entſcheidung wegen der Hauptſache und in den dazu ertheilten Gründen ihre Rechtfertigung.

Die Appellation des Widerbeklagten iſt nach Bl. — blos gegen die Compenſation der vorigen Appellationskoſten gerichtet, mithin nach §. 18. des Geſ. B. vom 28. Januar 1838 formell unzuläſſig. Auf die Erſtattung der Koſten für die Refutation Bl. — hat der Widerkläger keinen Anſpruch, zumal da er auf das Materielle eingegangen iſt, ohne die formelle Unzuläſſigkeit zu rügen."

## 51.

Verjährung der hypothekariſchen Klage*). — Muß ein ſpäterer Beſitzer des Pfandes, wenn er die Beſitzzeit des urſprünglichen Schuldners in die Verjährungszeit einrechnen will, die 40jährige Friſt für ſich haben? — Beginnt die 30jährige Verjährungsfriſt des römiſchen Rechts gegen jeden neuen Beſitzer des Pfandes von Neuem zu laufen? — Unterbrechung der Verjährung. — Kann die Verjährung einredeweiſe oder nur durch Klaganſtellung unterbrochen werden? — Unterbrechung derſelben durch Anerkenntniß der Forderung oder Hypothek.

Mitgetheilt von

Herrn G. in D.

Der Handarbeiter Johann Gottlob K. in G. erhob bei den v. Zehmen'ſchen Gerichten zu Schleinitz im Juni 1853 Executionsklage wider Johanne Chriſtiane M. geb. M. unter dem Anführen, daß auf der Gartennahrung derſelben laut Kaufs vom 22. März 1812, als ſein Vater dieſe Nahrung an Johann Gottlieb C. um 1200 Thlr. —ʼ —ʼ verkauft, 370 Thlr. —ʼ —ʼ C.-M. unbezahlte Kaufgelder für jenen hypothekariſch verſichert worden ſeien; Johann Gottlieb C. habe die Nahrung an Johann Gottlieb M. unterm 9. Juli 1828 und dieſer unterm 3. Juli 1853 an ſeine Frau, die Beklagte, verkauft, und in beiden Käufen ſei die Hypothek mit übernommen worden. Er forderte daher 370 Thlr. —ʼ —ʼ Capital und gleich hohe Zinſen unter Beifügung der erforderlichen Kaufsurkunden. Die Beklagte wendete dagegen ein, 1) daß die Forderung bereits im Mai 1843 verjährt geweſen und im Jahre 1847 bei Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuchs für G. zwar auf dem Folium der Beklagten eingetragen worden ſei, dieſe aber dem Eintrage widerſprochen habe; 2) ferner habe Kläger ſeine Erblegitimation nicht durch gerichtliche Urkunden liquid gemacht, und 3) laſſe ſich durch gerichtliche Urkunden nachweiſen, daß die 370 Thlr. —ʼ —ʼ bereits im Jahre 1812 an Klägers Vater durch ihren Vorbeſitzer C. bezahlt worden ſeien. Es waren dies nämlich Proceßacten zwiſchen Johann Gottlieb M. (ihrem Vorbeſitzer) und dem Kläger, ſowie des letzteren Mutter, als Erben des ältern K., aus den Jahren 1832 und 1842. In den erſten hatte M. auf Löſchung der Hypothek der 370 Thlr. —ʼ —ʼ geklagt, weil ſie bezahlt ſeien,

*) Vergl. Wochenblatt 1852. S. 222 ff.

hatte auch den Beweis der Zahlung zum ewigen Gedächtniß geführt, am wirklichen Beweise aber sich versäumt. Beklagte beantragte daher die nachträgliche Eröffnung der Zeugenrotuln. Der zweite Proceß war eine bloße versuchte Fortsetzung des ersten, und M. war angebrachter Maaßen abgewiesen worden. Im vom Proceßgerichte hierauf anberaumten Termine wurden die Rotuln eröffnet, und aus diesen ergab sich der vollste Beweis der wirklich erfolgten Bezahlung der 370 Thlr. —⁄ —⁄. Das Gericht erkannte darauf unterm 31. Januar 1853, daß Klägers Vorbringen schlechterdings nicht Statt habe und er binnen 14 Tagen die Erklärung abzugeben habe, daß er die Forderung der 370 Thlr. —⁄ —⁄ löschen lassen wolle, widrigenfalls diese Erklärung für abgegeben werde erachtet und die Löschung vorgenommen werden. Die Kosten wurden compensirt. Die Gründe dieser Entscheidung waren folgende:

„Die Bl. — ff. im Executionsprocesse ausgeklagte Forderung an 370 Thlrn. —⁄ —⁄ Conv.-Gelde war Johann Gottlieb C. aus dem Bl. — f. in beglaubigter Abschrift befindlichen Kaufe dem Vater Klägers, Johann Gottlob K., als unbezahltes Kaufgeld schuldig worden, fällig bei der am 22. März 1812 erfolgten gerichtlichen Confirmation des Kaufs, und mit Hypothek vom 2. März 1812 auf das verkaufte Grundstück versichert. Wegen der Zinsen ist eine Hypothek nicht bestellt worden. Johann Gottlob M. kaufte nach Bl. — f. das Grundstück von gedachtem C. am 4. Juni 1828, und von Ersterem am 29. April 1833 seine Ehefrau, Johanne Christiane M., die jetzige Beklagte, nach Bl. — f. Man kann nicht behaupten, daß in beiden Kaufcontracten ein Anerkenntniß der Richtigkeit dieser Forderung Seiten der Besitzer des Grundstücks enthalten ist. Die in M.'s Kaufe Bl. — und Bl. — in dieser Beziehung vorkommenden Punkte sind nur Erklärungen des Gerichts, wodurch die Fortdauer der Hypothek gegenüber dem neuen Besitzer geschützt werden sollte, und wenn Käufer Bl. — sub fin. die bestehenden Hypotheken ohne Neuerung übernahm, so läßt sich diese Auslassung mit Bestimmtheit nicht auf die geklagte Forderung, deren erst nachher Erwähnung geschah, beziehen, um so mehr, als noch andere ältere Hypotheken wegen Termingelder und Auszug (siehe Bl. — f.) vorhanden waren. Es hat zwar die jetzige Beklagte, die M., Bl. — die vorige Hypothek ohne Neuerung übernommen, und man muß annehmen, sie habe dabei auch die Bl. — in Anregung gebrachte Hypothek wegen der geklagten Forderung inbegriffen; allein diese Clausel enthält doch nur das eventuelle Anerkenntniß der Hypothek ohne Zugeständniß der Richtigkeit der Forderung, deren erfolgte Zahlung deren Ehemann durch die am 16. October 1831 in Actis — erhobene Widerklage zu beweisen versucht und bereits dessen gedachter Vorbesitzer C. in Actis — vorher vergeblich unternommen hatte.

Der jetzige Kläger und dessen Mutter, Johanne Regine K., waren nach dem Zeugnisse Bl. — die einzigen Erben des erstgedachten Johann Gottlob K. geworden und ersterer beerbte seine nachgehends verstorbene Mutter. Ueber den Bl. — berührten Erbschaftsantritt hat das Gericht deshalb kein Zeugniß abzulegen vermocht, weil ihm im Mangel aller Zeugen die Unterlagen fehlten, indessen beweiset solches zur Genüge die Klaganstellung.

Nach diesem Sachverhältnisse hat man allerdings der Bl. — geltend gemachten Exception der Verjährung des Klagerechtes Klägers und demjenigen, was Bl. — ff. zur weiteren Ausführung vorgebracht worden, beistimmen müssen, da in seinem Vorbringen Bl. — keine Thatsachen bezogen sind, woraus die Erhaltung dieses Rechtes angenommen werden könnte. Denn die in den beiden gedachten Processen vorgebrachten Behauptungen erscheinen nur als Verneinungen der von den Klägern behaupteten Zahlung, und er verfuhr nur vertheidigungsweise gegenüber dem Vorbesitzer der Klägerin, während der durch Einklagung der Zinsen oder des Capitals innerhalb der Verjährungszeit, deren Ende in den Monat Mai 1843 fällt, sein Klagerecht hätte salviren sollen.

Da diese das Klagerecht völlig elidirende Ausflucht unabhängig ist von der in jenen Processen verhandelten Exception der Zahlung, und diese letztere sonach hier nicht in Frage kommt, so bedarf es nicht der Behandlung des Bl. — aufgenommenen Punktes in Betreff der Zulässigkeit der Beziehung auf die eröffneten fraglichen Zeugenrotuln.

Es kann auch nunmehr, nachdem das Gesetz vom 6. November 1843 in Kraft getreten ist, in Gemäßheit der §. 122. 123. desselben auf Antrag der Beklagten mit Erlassung der Edictalien wegen Löschung der Hypothek verfahren werden.

Da die Beurtheilung der Sache nicht ohne Schwierigkeiten gewesen, so ist auf die Kostencompensation erkannt worden."

(Schluß in der gleichzeitig erscheinenden Nummer 28.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 28.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


(Schluß aus No. 27.)

Gegen diesen Bescheid wendete Kläger der Hauptsache und der Kosten halber, Beklagter blos wegen des letzteren Punktes Berufung ein, und zwar berief Kläger sich hauptsächlich darauf, daß durch die Uebernahme der Hypothek in den beiden Käufen die Forderung anerkannt worden sei.

Das K. Appellationsgericht zu Dresden reformirte darauf im December 1853 dergestalt, daß es bei der vorigen Entscheidung nicht zu lassen, sondern dem gegen Beklagte eingeleiteten Executionsverfahren kein weiterer Fortgang zu geben, auch Kläger der Beklagten die bis zur Publication erwachsenen Kosten zu erstatten schuldig sei, wogegen die Instanzkosten compensirt wurden. Die Entscheidungsgründe sind, mit Weglassung eines sehr genauen status causae, folgende:

ꝛc. „Es ist hier zunächst

1) die Frage, ob überhaupt der beanspruchten Forderung die Verjährung derselben oder vielmehr des diesfallsigen Klagerechts wirklich entgegenstehe, einer nähern Prüfung zu unterwerfen, und sodann
2) zu untersuchen, ob durch die vom Kläger Bl. — und Bl. — angeführten Thatsachen die behauptete Verjährung unterbrochen worden sei,

weil von der bejahenden oder verneinenden Beantwortung dieser beiden Fragen allein die Entscheidung der Sache abhängt.

ad 1.

Durch die Bestimmung in §. 28. des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843, wornach gegen ein in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenes Recht an einem Grundstücke, so lange es nicht darin gelöscht ist, eine Verjährung weder angefangen, noch vollendet werden kann, ist auch die Verjährung der hypothekarischen Klage wegen einer einmal im Grund- und Hypothekenbuche eingetragenen Forderung während der Dauer dieses Eintrags in Sachsen gänzlich ausgeschlossen. War dagegen die erlöschende Verjährung vor Anlegung des Grund- und Hypothekenbuchs und vor Ablauf der im öffentlichen Aufrufe bestimmten Frist (§. 234. des angezogenen Gesetzes) bereits vollendet, so verliert dieselbe ihre Wirkung nicht, sondern gewährt einen Titel zur Löschung des durch Verjährung erloschenen, aber gleichwohl in dem Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen oder übertragenen Rechtes, so lange dieses Recht nicht auf einen Dritten übergegangen ist.

vergl. die Ausführungsverordnung zu gedachtem Gesetze vom 15. Februar 1844. §. 13.

Es kommt daher im vorliegenden Falle lediglich darauf an, ob die von der Beklagten behauptete Verjährung der fraglichen Forderung und des darauf gegründeten Klagerechtes zur Zeit der Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuchs für G. bereits vollendet war oder nicht. — Nach den Grundsätzen, welche bis zur Bekanntmachung des angeführten Gesetzes über das Hypothekenwesen in Sachsen galten und welche bekanntlich in der hier fraglichen Beziehung auf gemeinrechtlichen Bestimmungen beruhten, bedurfte es aber zur Verjährung der hypothekarischen Klage gegen den dritten Besitzer eines Zeitraums von nur 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen, während der Schuldner selbst, wie dessen Erben, wenn sie sich im Besitze des verpfändeten Grund-

stücks befanden, nur eine 40jährige Verjährung geltend machen konnte.

vergl. c. 7. pr. und §. 1. de praescript. XXX vel XL annor. (7, 39.)

Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 1. §. 79. S. 648. unter 3.

Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, Th. II. §. 1099.

Haubold, Lehrbuch des Königl. Sächs. Privatrechts, §. 215. a. E.

Berger, Oeconomia jur., Lib. II. Tit. V. thes. 16.

Der erstere Fall liegt hier vor, indem die jetzt in Anspruch genommene Beklagte nicht selbst die ursprüngliche Schuldnerin und Verpfänderin ist, sondern, wie bereits oben bemerkt worden, der Auszügler Johann Gottlieb E. die bei Erwerbung des früher von ihm besessenen Grundstücks von seinem Verkäufer K. wegen der damals unbezahlt gebliebenen Kaufgelder sich reservirte Hypothek demselben daran eingeräumt hat. Waren nun aber die jetzt vom Kläger geforderten Kaufgelder nach der Urkunde A. Bl. — bereits am 22. März 1812 fällig, und beginnt mit der Fälligkeit der Forderung auch der Lauf der Verjährung der dem Gläubiger gegen den dritten Besitzer des ihm verpfändeten Grundstücks zustehenden hypothekarischen Klage, so folgt daraus, daß diese Klage, in Erwägung, daß, wie weiter unten noch näher gezeigt werden wird, eine Unterbrechung der Verjährung durch die vom Kläger angeführten Thatsachen nicht bewirkt worden ist, bereits im Monat Mai 1843, also vor Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuchs für G., verjährt war und mithin Kläger mit dieser Klage, welche allein ihm gegen Beklagte, als dritte Besitzerin des mit der fraglichen Hypothek belasteten Grundstücks, zustand, jetzt nicht mehr auftreten konnte. Denn wenn auch von einigen Rechtslehrern behauptet wird, daß der dritte Besitzer des Pfandes, insofern er nicht für seine Person oder unter Hinzurechnung der Besitzzeit anderer, ebenfalls als dritte Besitzer zu betrachtenden Personen 31 Jahr 6 Wochen 3 Tage das Pfand, ohne vom Pfandgläubiger beunruhigt worden zu sein, besessen habe, sondern die Besitzzeit des Verpfänders selbst mit in Anrechnung bringen müsse, nur mit der 40jährigen Verjährung gleich dem Schuldner selbst und seinen Erben sich schützen könne,

vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre ꝛc., Theil II. §. 249. Seite 186.

so kann doch dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Es stützt sich dieselbe nämlich hauptsächlich auf

c. 7. §. 2. C. de praescript. XXX vel XL annor. (7, 39.)

Allein diese Gesetzstelle handelt nur von dem singulären Falle, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger das Pfand besitzt und gegen diesen ein mit einem frühern Pfandrechte versehener Gläubiger den Anspruch auf das Pfand geltend machen will. Aus den für diesen speciellen Fall gegebenen Vorschriften läßt sich aber noch nicht die allgemeine Regel ableiten, daß jeder dritte Besitzer, welcher nicht für seine Person, oder allenfalls mit Hinzurechnung des Besitzers anderer extranei in einem 30jährigen, vom Gläubiger ungestörten Besitze des Pfandes sich befunden hat, zu seinem Schutze nun ebenfalls auf die 40jährige Verjährung sich berufen könne. Es muß dies um so bedenklicher erscheinen, je weniger zu verkennen ist, daß die der fraglichen Bestimmung hinzugefügte Motivirung:

„quia dum ille (debitor) vivit, merito anterior creditor confidit, utpote apud debitorem ejus possessione per posteriorem creditorem constitua. Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem merito posse triginta annorum opponere praescriptionem,“

sich keineswegs auf ein Princip zurückführen läßt, welches auf allgemeine Geltung und Anwendbarkeit Anspruch machen kann, oder mit den unmittelbar vorausgehenden Bestimmungen im Eingange und §. 1. dieser Gesetzstelle, wornach dem dritten Besitzer des Pfandes gegenüber die hypothekarische Klage schon in 30 Jahren, dem Verpfänder und dessen Erben gegenüber aber erst in 40 Jahren verjährt, in Einklang zu bringen sein würde, falls man bei derselben nicht von der ganz eigenthümlichen Voraussetzung ausgehen wollte, daß sie bei Lebzeiten des Verpfänders überhaupt nicht in Anwendung treten sollte.

Ebensowenig ist ferner der Meinung anderer Rechtslehrer beizutreten, welche behaupten, daß die Verjährung der hypothekarischen Klage dem dritten Besitzer des Pfandes gegenüber nicht von der Fälligkeit der Forderung, sondern von der eignen Besitzzeit des Verjährenden an ihren Anfang nehme, weil der Besitz des Beklagten die Bedingung sei, unter welcher allein gegen ihn geklagt werden könne und mithin das Klagrecht gegen diesen Beklagten erst mit dem Besitze anfange, folglich auch der Pfandgläubiger, wenn er seine Klage gegen jenen durch Verjährung einbüßen solle, die Verjährungszeit hindurch jederzeit in der Lage sich befunden, gegen denselben klagen zu können, dies zu thun aber unterlassen haben müsse.

vergl. Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht, §. 50. S. 405 flg.

Schmidt, Opusc. de praescr. Opusc. III. §. 19. pag. 211.

Denn wenn auch der Pfandgläubiger nur gegen den Besitzer der ihm verpfändeten Sache die hypothekarische Klage anstellen kann, so folgt doch daraus nicht, daß der Letztere sich nur dann gegen diese Klage durch die Ausflucht der Verjährung schützen könne, wenn er die dem Kläger verpfändete Sache selbst die ganze Verjährungszeit hindurch ungestört besessen habe. Wäre dies wirklich der Fall, so würde überhaupt von einer Verjährung der hypothekarischen Klage nur in sehr seltenen Fällen Gebrauch gemacht werden können, und dadurch der Zweck des Instituts der Klagenverjährung, daß nämlich Streitigkeiten und Processe über weit zurückliegende und dadurch in ihren rechtlichen Beziehungen oft verdunkelte Verhältnisse abgeschnitten werden sollen, welche früher zur Erörterung zu bringen kein Hinderniß vorhanden war, so lange hinauszuschieben, also eine Nichtbeachtung und Vernachlässigung der fraglichen Rechte verräth und zu Nachtheilen des Gegners führen kann, der kein Mittel in Händen hat, jene willkürlich herbeizuführen,

vergl. Sintenis, a. a. O. Bd. I. §. 31. S. 288.

v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V. §. 237. S. 267 flg.

fast gänzlich vereitelt werden würde, weil nur selten der Besitz eines verpfändeten Grundstücks einen so langen Zeitraum hindurch in einer Hand zu bleiben pflegt, und daher bei jedem Besitzwechsel von dem neuen Besitzer die Verjährung gegen den Pfandgläubiger von Neuem angefangen werden müßte. Allein in der obenerwähnten Gesetzstelle c. 7. §. 1. C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39.) heißt es ausdrücklich:

„ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem aut haeredes ejus, quaeque movetur in extraneos in solo sit annorum numero: verum in aliis omnibus ambae similes sint.“

Es sollen also beide Fälle der Verjährung der hypothekarischen Klage nur hinsichtlich der Zahl der Jahre von einander verschieden sein, im Uebrigen aber auf beide ganz gleiche Grundsätze angewendet werden. Beginnt nun aber die Verjährung dieser Klage von der Zeit an, wo der Gläubiger sich in dem Falle befindet, sein Pfandrecht geltend zu machen, also von der Fälligkeit der Forderung, hinsichtlich welcher das Pfandrecht bestellt worden ist,

vergl. Sintenis, a. a. O. Bd. I. §. 31. not. 18. S. 291.

dessen Handbuch des gemeinen Pfandrechts, §. 59. S. 559.

und erlischt sein Klagrecht dem dritten Besitzer gegenüber sofort mit dem Ablaufe der gewöhnlichen gesetzlichen Verjährungsfrist, so kommt auch darauf weiter nichts an, wie lange der Beklagte selbst als Besitzer des verpfändeten Grundstücks sich bereits in dessen Besitze befunden hat; der Gläubiger verliert sein Recht ihm gegenüber, sobald er von der Fälligkeit seiner Forderung an innerhalb der Verjährungsfrist von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, und daran, solches zu thun, nicht behindert war, gleichviel, ob der dritte Besitzer das Pfandgrundstück die Verjährungsfrist hindurch selbst besessen habe oder nicht. Es bleibt daher

ad 2.

nur noch zu prüfen übrig, ob durch dasjenige, was Kläger der vorgeschützten Verjährung Bl. — flg. und Bl. — in Verbindung mit dem in seiner Deductionsschrift zu Begründung der ersten Beschwerde seiner Berufung Bl. — Angeführten entgegengehalten hat, eine Unterbrechung derselben herbeigeführt worden sei oder nicht. Die Behauptungen Klägers reduciren sich im Wesentlichen darauf, daß die Unterbrechung der Verjährung seines Anspruchs theils

a. durch die in den beiden seinem Executionsanbringen unter B. und C. abschriftlich beigefügten Kaufurkunden vom 1. Juli 1828 und vom $\frac{29.\text{ April}}{3.\text{ Juli}}$ 1833. Bl. — flg. und Bl. — flg. angeblich enthaltenen Anerkenntnisse der Forderung Klägers Seiten der Beklagten und deren Besitzvorgängers und Ehemannes (vergl. Bl. — und Bl. — flg.), und theils

b. durch die in den beiden von der Beklagten Vorbesitzern besage der Beilagsacten unter Litt. K. nr. 143. und nr. 155. gegen Klägern und beziehendlich zugleich seine Mutter und Miterbin in den Jahren 1829 und 1832 anhängig gemachten Processen ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse (vergl. Bl. — und Bl. — der Hauptacten Litt. M. nr. 182.) erfolgt sei.

Nun unterliegt es zwar

ad a.

keinem Zweifel, daß durch das Anerkenntniß des Rechts des Gegners die Verjährung des Klagrechts desselben unterbrochen wird,

vergl. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, Bd. I. §. 31. und not. 51. S. 299.

Kori, die Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten, §. 159. S. 173.

v. Savigny, a. a. O. Bd. V. §. 242. S. 314 flg.

Unterholzner, a. a. O. Bd. II. §. 262. S. 321 flg.

und ist es hierbei gleichgültig, ob dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend durch Handlungen erfolgt,

aus denen eine Anerkennung der aufhebenden Verbindlichkeit unverkennbar hervorgeht. Allein es muß ein ſolches Anerkenntniß, ſoll es die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung des gegneriſchen Rechtes haben, eine rechtsverbindliche Erklärung enthalten, durch welche der Verpflichtete ganz unzweideutig zu erkennen giebt, daß er das Recht ſeines Gegners als ein noch beſtehendes anerkenne und ſich fortdauernd als ihm verpflichtet betrachte. Ein derartiges Anerkenntniß iſt nun aber in den oberwähnten beiden Urkunden nicht enthalten, denn was zunächſt

*α.* die Urkunde B., den zwiſchen dem urſprünglichen Schuldner, Johann Gottlieb C., und der Beklagten Ehemann und Vorbeſitzer, Johann Gottlieb M., über das mit der fraglichen Hypothek noch behaftete Grundſtück abgeſchloſſenen Kauf, betrifft, ſo iſt erſt, nachdem der Verkäufer C. Bl. — über 1105 Thlr. —ˢ —ˢ auf die geſammte ſtipulirte Kaufgelderſumme an 1200 Thlr. —ˢ —ˢ quittirt und nach vorgängiger Ueberweiſung der darauf noch haftenden 800 Thlr. —ˢ —ˢ Termingelder auf Käufern an Zahlungsſtatt wegen der noch übrigen unbezahlten Kaufgelder ſich die Hypothek an dem verkauften Grundſtücke reſervirt und beide Contrahenten um Conſensertheilung in die vorbehaltenen und zugeſtandenen, beziehendlich ohne Neuerung übernommenen Hypotheken, ſowie um Confirmation des Kaufs gebeten hatten, denſelben Bl. — von Seiten des Gerichts zu erkennen gegeben worden:

> „daß nach dem vorigen Kaufe noch 370 Thlr. —ˢ —ˢ Kaufsangeld (die jetzt ſtreitigen) unquittirt ſeien, und da dieſerhalb Hypothek auf der verkauften Gartennahrung hafte, ſolche auch vom Käufer übernommen werden müßten, und unter dieſer Bedingung nur die Confirmation dieſes Kaufes erfolgen könne."

Ferner heißt es daſelbſt Bl. —:

> „die nach vorigem Kaufe noch unquittirten 370 Thlr. —ˢ —ˢ werden aber andurch mit der dieſerhalb auf der erkauften Gartennahrung haftenden Hypothek übertragen und die den K.'ſchen Erben diesfalls zuſtehenden Rechte ausdrücklich vorbehalten",

und iſt hierauf der vorgetragene Kauf, da der Confirmation deſſelben weiter nichts entgegengeſtanden,

> „mit ausdrücklichem Vorbehalte der Hypothek wegen der nicht quittirten 370 Thlr. —ˢ —ˢ Kaufgeld des vorigen Kaufs"

beſtätigt worden.

Aus dieſen hervorgehobenen, hier allein in Frage kommenden Stellen dieſer Urkunde geht nun aber nur ſo viel hervor, daß das Gericht die Contrahenten von der noch ungelöſchten Hypothek in Kenntniß geſetzt, und den Kauf nur unter Vorbehalt derſelben und der den K.'ſchen Erben diesfalls etwa noch zuſtehenden Rechte confirmirt hat. Es ſind dies, wie auch in den Entſcheidungsgründen der erſten Inſtanz Bl. — ſchon richtig bemerkt worden iſt, nur Erklärungen des Gerichts, wodurch dieſes die Fortdauer der noch ungelöſchten Hypothek dem neuen Beſitzer gegenüber hat ſchützen und dadurch ſich ſelbſt gegen etwaige Gegenanſprüche ſicherſtellen wollen. Keineswegs kann aber hierin ein Anerkenntniß der Richtigkeit der Forderung ſelbſt und deren noch nicht erfolgter Tilgung, ſondern nur ein Anerkenntniß der noch nicht erfolgten Löſchung einer diesfalls an dem Grundſtück beſtellt geweſenen Hypothek gefunden werden. Durch ein ſolches beſchränktes Zugeſtändniß kann aber der Lauf der begonnenen Verjährung des dem Forderungsinhaber dieſerhalb zuſtehenden Klagrechts nicht unterbrochen werden, weil aus dem bloßen Unterbleiben der Löſchung einer hypothekariſchen Forderung allein noch nicht auf die Exiſtenz der Forderung ſelbſt geſchloſſen werden, vielmehr die letztere demohngeachtet durch Zahlung oder ſonſt erloſchen ſein, und die unterbliebene Löſchung ganz andere Urſachen haben kann. Es würde daher nur dann eine Unterbrechung der Klagverjährung anzunehmen geweſen ſein, wenn Seiten der Kaufsintereſſenten dabei ausdrücklich zugeſtanden worden wäre, daß die fragliche Forderung an deren Inhaber noch nicht abgeführt oder überhaupt noch demſelben zu gewähren ſei, und ſie folglich die Fortdauer ihrer diesfallſigen Zahlungsverbindlichkeit und der Haftung des dafür verpfändeten Grundſtücks ſelbſt ausdrücklich anerkannt hätten; eine ſolche rechtsverbindliche Erklärung der damaligen Kaufscontrahenten iſt aber in der fraglichen Urkunde nirgends enthalten.

Etwas zweifelhafter dagegen erſcheint es, ob nicht

*β.* nach der in der Urkunde unter C., dem zwiſchen der jetzigen Beklagten und deren Ehemanne, vorgenanntem Johann Gottlieb M., über das mehrerwähnte Grundſtück unterm 29. April 1833 abgeſchloſſenen und am 3. Juli deſſelben Jahres confirmirten Kaufe, Bl. — von der Beklagten ſelbſt abgegebenen Erklärung eine Unterbrechung der von ihr jetzt vorgeſchützten Ausflucht der Verjährung der eingeklagten Forderung anzunehmen ſei, wornach ſie verſprochen hat,

> unbeſchadet der Kaufſumme für alle wegen der auf der erkauften Gartennahrung noch ungelöſcht haftenden Hypothek über 370 Thlr. —ˢ —ˢ Kaufgelder entſtehenden Anſprüche zu ſtehen und zu haften, wenn wider Erwarten der ob-

schwebende Proceß für Verkäufern nicht günstig ausfallen sollte.

Denn allerdings ist in diesem Versprechen eine unbedingte Uebernahme der Vertretung der den K.'schen Erben wegen dieser Forderung etwa noch zustehenden Ansprüche enthalten, nämlich für den Fall, daß der damals bereits von dem Verkäufer M. gegen genannte Erben anhängig gemachte Proceß (vergl. die Beilagsacten Litt. K. nr. 155.) für Ersteren nachtheilig ausfallen sollte. Allein durch dieses Versprechen hat sich Beklagte nicht den K.'schen Erben gegenüber verbindlich gemacht, sondern nur ihrem Ehemanne und Vorbesitzer gegenüber, diesen gegen etwaige Ansprüche dieser Erben aus der noch ungelöschten Hypothek vertreten zu wollen. Es ist daher dieses Versprechen den genannten Erben gegenüber nur eine res inter alios acta, woraus den Letzteren ein Klagrecht gegen Beklagte an sich allein noch nicht erwachsen ist. Hiernächst aber und insbesondere liegt in diesem Versprechen der Beklagten kein Anerkenntniß der fraglichen Forderung selbst, als einer noch wirklich existirenden, vielmehr folgt gerade daraus, daß Beklagte dabei ausdrücklich sich auf den nurerwähnten Proceß bezogen hat, in welchem vom dortigen Kläger, ihrem Vorbesitzer und Ehemanne, die Existenz dieser Forderung bestritten worden ist, ganz deutlich, daß Beklagte durch dieses nur ihrem Ehemanne geleistete eventuelle Versprechen die noch fortdauernde Gültigkeit dieser Forderung weder anerkannt hat, noch habe anerkennen wollen. Es kann daher auch dieses Versprechen nicht als eine Unterbrechung der Verjährung dieser Forderung und des diesfallsigen Klagerechts des gegenwärtigen Klägers angesehen werden.

Noch weniger aber vermag

ad b.

aus den von den Vorbesitzern der jetzigen Beklagten gegen den Kläger und beziehendlich dessen Mutter und Miterbin besage der Beilagsacten unter Litt. K. nr. 143. und 155. geführten Processen ein Grund der Unterbrechung der Verjährung des vom Kläger gegen Beklagte erhobenen Anspruchs abgeleitet werden. Denn wenn auch die erlöschende Verjährung der Forderungsrechte durch Anstellung der deshalb zustehenden Klagen unterbrochen wird,

vergl. c. 3. 7. und 9. C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39.)

Gesetz, die Unterbrechung der Extinctivverjährung betr., vom 20. Juni 1846. §. 1.

so setzt dies doch eine von dem Berechtigten selbst gegen den Verjährenden erhobene Klage voraus, mittelst welcher er den Willen, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, zu erkennen giebt und dadurch den seinem Rechte durch Verjährung drohenden Verlust von sich abzuwenden sucht. Allein in beiden vorerwähnten Processen ist nicht Kläger Behufs der Geltendmachung seiner angeblichen Forderung gegen der Beklagten Vorbesitzer klagend aufgetreten, sondern die Letzteren haben gegen Klägern und beziehendlich mit gegen dessen Mutter und Miterbin geklagt, in beiden Processen handelte es sich nicht um die Einklagung und Geltendmachung der hier in Frage stehenden Forderung, sondern lediglich um die Löschung der auf der Beklagten Grundstück wegen dieser Forderung noch ungelöscht stehenden Hypothek auf Grund der behaupteten Tilgung derselben durch angebliche Zahlung. Nicht also die Forderung selbst, sondern nur die wegen derselben bestehende Hypothek war Gegenstand beider Rechtsstreite. Waren daher auch in diesen Processen die damaligen Kläger sachfällig geworden, indem im ersten Processe nach den dortigen Erkenntnissen Bl. — und Bl. — der Acten Litt. K. nr. 143. die Beklagten, weil Kläger sich an dem ihm Bl. — flg. rechtskräftig zuerkannten Beweise der behaupteten Tilgung der Forderung durch Zahlung versäumt hatte, von der gegen sie erhobenen Klage entbunden und losgezählt, im zweiten dagegen durch die Erkenntnisse zweiter und dritter Instanz Bl. — flg. und Bl. — flg. der Acten Litt. K. nr. 155. die erhobene Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen worden war, so war doch dadurch nur so viel rechtskräftig entschieden, daß die verlangte Löschung der Hypothek auf Grund der angeblich durch Zahlung getilgten Forderung nicht geschehen könnte, keineswegs aber auch dadurch das Forderungsrecht des damaligen Beklagten und jetzigen Klägers als ein rechtlich noch bestehendes, klagbar zu machendes rechtskräftig anerkannt worden. Und wenn man auch mit

Kori, a. a. O. §. 157. S. 270 flg.

annehmen wollte, daß die Unterbrechung der Extinctivverjährung nicht nur durch Klaganstellung Seiten des Berechtigten, sondern auch durch Einreden, welche derselbe einer vom Verjährenden gegen ihn erhobenen Klage entgegengesetzt hat, bewirkt werden könnte, eine Ansicht, die mit Recht von andern bewährten Rechtslehrern bestritten wird,

vergl. v. Savigny, a. a. O. Bd. V. §. 243. S. 321.

Unterholzner, a. a. O. Bd. II. §. 128. S. 452 flg.

indem derjenige, welcher ein Recht als Einrede gebraucht, dasselbe nicht unbedingt geltend macht, sondern sich dessen blos zum Zwecke der Vertheidigung bedient, dies aber auf keinen Fall genügen kann, dasselbe gegen die laufende Verjährung zu schützen,

ſo haben doch im erſterwähnten Proceſſe jetziger Kläger und deſſen Mutter, als damalige Beklagte, der dort erhobenen Klage Bl. — der Acten Litt. K. nr. 143. überhaupt eine derartige Einrede, durch welche ſie ihr derartiges Forderungsrecht nach Kori's Anſicht hätten ſalviren können, gar nicht vorgeſchützt, ſondern nur den Klaggrund geleugnet, wogegen die im ſpäteren Proceſſe Bl. — der Acten Litt. K. nr. 155. vom jetzigen Kläger und damaligen Beklagten vorgeſchützte Einrede nur die ihm zur Seite ſtehenden rechtskräftigen Erkenntniſſe des frühern Proceſſes betrifft, ſich aber ebenfalls nicht unmittelbar auf die Geltendmachung des ihm zuſtehenden Forderungsrechts bezieht. Aus vorſtehenden Gründen hat Man daher der erſten Inſtanz, inſoweit als dieſelbe das Klagrecht Klägers durch die vorgeſchützte Ausflucht der Verjährung für erloſchen erachtet hat, allerdings beizupflichten gehabt. Dagegen waren aber Klägers erſte und zweite Beſchwerde Bl. — der Hauptacten Litt. M. nr. 182. inſoweit zu berückſichtigen, als nach Lage der Sache in Erwägung, daß Kläger ſeinen Anſpruch im Wege des Executionsproceſſes geltend gemacht hat, im vorliegenden Falle nur darauf zu erkennen, daß dem eingeleiteten Executionsverfahren kein Fortgang zu laſſen ſei, weil daſſelbe wegen der eingetretenen Verjährung des Klagrechts Klägers für rechtlich begründet nicht mehr erachtet werden konnte und daher gegen Beklagte nicht weiter fortgeſtellt werden kann, die Frage über die Zuläſſigkeit des Executionsverfahrens aber den alleinigen Gegenſtand für die jetzt vorliegende Entſcheidung abgab.

Hieraus ergiebt ſich zugleich von ſelbſt, daß auch die im Beſcheide Bl. — mit enthaltende Bedeutung Klägers, die Löſchung der fraglichen Hypothek unter der beigefügten Verwarnung, daß außerdem Gerichtswegen damit werde verfahren werden, geſchehen zu laſſen, hier ganz unberückſichtigt bleiben mußte, weil nicht die Löſchung der wegen der beanſpruchten Forderung an der Beklagten Grundſtück noch beſtehenden Hypothek, ſondern nur die Zuläſſigkeit der vom Kläger geltend gemachten Forderung ſelbſt und des diesfalls eingeleiteten Executionsverfahrens in Frage ſtand, und über die Verbindlichkeit Klägers, die fragliche Löſchung zu fordern, in dieſem Rechtsſtreite gar nicht zu erkennen war.

Wenn endlich in dem Beſcheide erſter Inſtanz nach Bl. — der Hauptacten um deswillen auf Compenſation der in der Sache erwachſenen Koſten erkannt worden iſt, weil die Beurtheilung der Sache nicht ohne Schwierigkeit geweſen ſei, ſo iſt mit Recht von beiden Parteien Bl. — und Bl. — dagegen eingewendet worden, daß dieſer Grund die ausgeſprochene Koſtencompenſation nicht zu rechtfertigen vermöge. Es lag aber überhaupt ein ausreichender Grund dafür gar nicht vor, vielmehr war im Weſentlichen demjenigen beizutreten, was Beklagte zu Begründung ihrer nur gegen dieſen Paſſus des Beſcheids gerichteten Berufung Bl. — angeführt hat, und Kläger, als ſachfälliger Theil, in Erſtattung der Koſten erſter Inſtanz zu verurtheilen. Denn dasjenige, was Letzterer zu grav. 3. und 4. Bl. — dagegen angeführt hat, mußte hauptſächlich aus dem Grunde für unerheblich erſcheinen, weil ſein Klagrecht zur Zeit ſeines Anbringens bereits verjährt und er dadurch auch ſeiner Forderung ſelbſt verluſtig worden war, mithin ein Recht, ſolche jetzt noch im Wege Rechtens wider Beklagten geltend zu machen, ihm gar nicht mehr zuſtand.

Die durch die gebrauchten Rechtsmittel verurſachten Koſten endlich waren theils wegen des theilweiſen Wechſels der Entſcheidungen, theils, weil von beiden Theilen remedirt worden iſt, zu compenſiren."

---

## 52.

### Zur Lehre von der Intervention.

Mitgetheilt von
Herrn —e in —n.

Guſtav Eduard W. hatte gegen den in einem von ſeinem verſtorbenen Bruder, Karl Eduard W., gerichtlich errichteten Teſtamente eingeſetzten Univerſalerben Joh. Ehrenfr. L. Klage erhoben, durch welche er bezweckte, das Teſtament umzuſtoßen und die Inteſtaterbfolge herbeizuführen, bei deren Eintritt ihm die Hälfte des brüderlichen Nachlaſſes zugekommen ſein würde, da außer ihm und ſeinem taubſtummen Bruder keine näheren Inteſtaterben vorhanden waren. Als Gründe, weshalb das Teſtament ungültig ſein ſollte, wurden angeführt: a. Diſpoſitionsunfähigkeit des Teſtirers, b. Anwendung von Liſt und Gewalt Seiten des eingeſetzten Erben zu Errichtung des Teſtaments, c. formelle Mängel des Teſtaments. Nachdem bereits auf Beweis der Klage interloquirt und der Beweis eingereicht worden, erklärte der Zuſtandsvormund des taubſtummen Bruders Klägers und bezüglich des Teſtators, daß er unter hierzu erlangter obervormundſchaftlicher Genehmigung dem auf Nullitätserklärung des Teſtaments gerichteten Rechtsſtreite beitreten wolle, womit auch Kläger ſich einverſtanden bezeigte. Der Beklagte widerſprach jedoch der Zuläſſigkeit dieſer Beitrittserklärung, weil nicht angeführt und nachgewieſen ſei, daß der Zuſtandsvormund des taubſtummen W. ein Intereſſe daran habe, daß dem Kläger, ſeinem Bruder, die Hälfte des Nachlaſſes des verſtorbenen W. zuge-

ſprochen werde, was die Folge des etwaigen Obſieges Klägers in dem obſchwebenden Proceſſe ſein würde, inſofern aber durch die Intervention beabſichtigt werde, daß der taubſtumme W. die andere Hälfte des Nachlaſſes erlange, dies einen ganz beſondern Anſpruch bilde, weshalb ſeparate Klage erhoben werden müſſe, da er nicht um die Einreden gebracht werden könne, die er gegen den Tuenden des Intervenienten vorzubringen habe.

Das Proceßgericht ertheilte hierauf unterm 16. Januar 1852 Reſolution dahin:

> daß es an ſich für unzuläſſig zu achten, bei einem obſchwebenden Proceſſe in die Rechte des Klägers ohne Weiteres eintreten zu wollen, wenn der Beklagte, welchem nicht abgeſchnitten werden könne, ſeine Einwendungen gegen den Eintretenden in gehöriger Form vorzubringen, ſeine Einwilligung dazu verſage, daher die Beitrittserklärung unſtatthaft erſcheine.

Auf hiergegen von dem Intervenienten eingewendete Appellation billigte das Appellationsgericht zu Dresden in einer unterm 30. März 1852 erlaſſenen Verordnung die Reſolution des Gerichts aus folgenden Gründen:

„Der von dem genannten Vormunde nach der Eröffnung des Bl. — erſichtlichen Pro- und Reproductionsurtheils gleichzeitig mit der von Klägerm hiergegen eingewendeten Berufung nach Bl. — erklärte Beitritt zu dem obgedachten Rechtsſtreite hat auch in zweiter Inſtanz als eine zuläſſige Intervention nicht angeſehen werden können. Denn da die Abſicht des Vormundes hierbei keineswegs blos dahin gerichtet iſt, das von dem Kläger geltend gemachte Recht auf Herausgabe der Hälfte des von Karl Eduard W. hinterlaſſenen Vermögens vertheidigen zu helfen, vielmehr durch dieſen Beitritt ein eignes Recht des Mündels in Betreff der andern Hälfte des gedachten Nachlaſſes zur Anerkennung gebracht werden ſoll, ſo kann es zuvörderſt keinem Zweifel unterliegen, daß ein Fall der acceſſoriſchen Intervention hier nicht vorliegt. Ebenſowenig kann von der ſogenannten Hauptintervention hier die Rede ſein, inmaaßen der jetzige Kläger durch dieſe Beitrittserklärung von dem von ihm erhobenen Anſpruche keineswegs ausgeſchloſſen werden ſoll. Wenn nun aber der genannte Vormund ſelbſt dieſen ſeinen Beitritt als die von mehrern Rechtslehrern ſogenannte gemiſchte Intervention angeſehen wiſſen will, indem die in dem bereits anhängig gemachten Proceſſe zu entſcheidende Hauptfrage, die Gültigkeit des von dem genannten Karl Eduard W. errichteten Teſtamentes auch hinſichtlich des Anſpruchs des taubſtummen W. dieſelbe ſei, ſo würde doch — ſelbſt wenn man von den gegen dieſe Art der Intervention als einer beſondern Gattung von mehrern Rechtslehrern

vergl. Bayer, Vorträge über den ordentl. Proceß, S. 43 ff.

Brackenhöft, Erörterungen, S. 311 ff.

Epplen, in Martin's Magazin für bürgerliche Rechtswiſſenſchaft, Bd. I. S. 148 ff.

überhaupt erhobenen Bedenken und der Verſchiedenheit der Begriffe, welche andere Rechtslehrer mit dieſer gemiſchten Intervention verbanden,

vergl. Archiv für civ. Prax., Bd. II. No. 24. §. 2.

abſehen, vielmehr mit den meiſten derſelben

vergl. Grolman, Theorie d. gerichtl. Verf., S. 79.

Gönner, Handbuch des gem. Proc., Bd. I. No. 18. §. 9. ff.

die Gemeinſchaftlichkeit des Endzweckes mit der einen Partei, wodurch für den Dritten ein Befugniß zur Streitgenoſſenſchaft begründet werden ſoll, als das entſcheidende Merkmal dieſer Art der Intervention anſehen, ferner auch ſelbſt die ebenfalls nicht unbeſtrittene Frage, wann und in welchem Stadium des Proceſſes dieſe gemiſchte Intervention noch ſtatthaft ſei, dahingeſtellt laſſen ſein wollte — im vorliegenden Falle dieſe Art der Intervention ſchon um deswillen nicht zuläſſig erſcheinen, weil der von dem genannten Vormunde für ſeinen Mündel intendirte endliche Zweck ſeines Beitritts auf die Ausantwortung der andern Hälfte des fraglichen Nachlaſſes gerichtet, ſonach ein von dem Zwecke des jetzigen Klägers ganz verſchiedener ſein würde. Wie nun aber im vorliegenden Falle dieſe andere Hälfte des Nachlaſſes, welche der Vormund für ſeinen Mündel beanſpruchen zu können meint, dermalen noch gar nicht in Streit befangen iſt und von dem von dem jetzigen Kläger anhängig gemachten Proceſſe gar nicht berührt wird, ſo würde auch die von Seiten des Vormundes geſchehene Erklärung des Beitritts zu dem wegen der von dem jetzigen Kläger beanſpruchten Hälfte des Nachlaſſes anhängig gewordenen Proceſſe für den gedachten Mündel völlig ohne Erfolg ſein. Denn es würde gegen die erſten Grundſätze des proceßrechtlichen Verfahrens verſtoßen, wenn mit dem — angenommenen Falls für den Beklagten ungünſtigen — Ausgange des jetzt anhängigen Proceſſes auch zugleich deſſen Verbindlichkeit zur Herausgabe der andern Hälfte des Nachlaſſes an den taubſtummen W. entſchieden werden ſollte, da doch denkbarer Weiſe dem jetzigen Beklagten in Hinſicht der von dem Vormunde des letztgenannten W. für dieſen beanſpruchten Hälfte des Nachlaſſes Einreden ſowohl gegen die Perſon und den Status des Mündels, als auch auf das diesfallſige Object ſelbſt bezügliche zur Seite ſtehen könnten, mit denen er bis jetzt noch

nicht gehört worden ist, und in dem Stande, wo sich der Hauptproceß gegenwärtig befindet, nicht gehört werden könnte.

Es ist daher der mehrgenannte Vormund mit dem von ihm unternommenen Beitritte zu dem obgedachten Rechtsstreite mit Recht abzuweisen gewesen, und wird die Eingangs gedachte Berufung desselben hiermit verworfen, es ist auch Appellant die durch sein unbegründetes Rechtsmittel dem Beklagten verursachten Kosten demselben zu erstatten verbunden."

Auf anderweite Appellation des Intervenienten wurde jedoch von dem Oberappellationsgericht unter dem 1. Juli 1852 dahin reformirt, daß die Intervention für statthaft zu achten und Intervenientem das fernere Gehör in diesem Rechtsstreite nicht zu versagen sei. Dieser reformatorischen Verordnung waren folgende Gründe beigefügt:

„Kläger hat das von seinem verstorbenen Bruder, Karl Eduard W., errichtete Testament als nichtig angefochten und dabei angeführt, daß er und sein zweiter Bruder, der taubstumme Louis August W., die Intestaterben desselben geworden seien, jedoch das Klaggesuch schließlich nur auf Herausgabe der ihm gebührenden Hälfte des Nachlasses gerichtet. Während nun dieser Proceß noch im Beweisverfahren steht, hat auch genannter zweiter Bruder durch seinen Zustandsvormund fol. — sich gemeldet und hat diesem auf Nullitätserklärung gedachten Testaments gerichteten Rechtsstreite beizutreten sich erklärt. Dies ist eine gemischte Intervention, deren Wesen darin besteht, daß Jemand der einen Partei im Processe beisteht und ihr den Sieg zu verschaffen sucht, um damit zugleich ein ihm selbst zustehendes eigenes Recht zu verfolgen.

Gönner, Handbuch des Proc., Bd. I. No. XVIII. §. 1. und 9.

Gensler, im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 4. S. 157 ff.

Biener, syst. process., §. 323. verb.: irregularem.

In erster und zweiter Instanz hat man derselben um deswillen nicht Statt geben wollen, weil die Hälfte des Nachlasses, welche Intervenient für sich in Anspruch nehmen wolle, eine andere, als die vom Kläger geforderte, und mithin der Streitgegenstand und der Zweck ein verschiedener sei. Dieser Grund ist jedoch nur scheinbar. Der Hauptzweck, der beiden Brüdern gemeinschaftlich ist, ist die Nichtigkeitserklärung des Testaments. Ist diese erreicht, so kann Intervenient dem Zugeständnisse in Punkt 1. der Einlassung fol. — zu Folge dann auch seine Hälfte fordern, und wenn Beklagter auch nicht sofort in diese verurtheilt werden sollte, was lediglich Sache des künftigen Enderkenntnisses ist, so wird es Ersterem wenigstens möglich werden, auf kürzerem Wege zu demselben zu gelangen. Intervenientens Interesse an der Sache ist daher offenbar, und dies ist das einzige wesentliche Erforderniß einer jeden Intervention.

Alte Proceßordn., tit. 15.

Die erläuterte Proceßordnung ad eund. tit. §. 1. und 2. unterscheidet zwar nur interventio principalis und accessoria, ohne der gemischten zu gedenken.

Allein aus dem Zusammenhange ergiebt sich deutlich, daß dieselbe als Grund der Unterscheidung hierbei nur den Einfluß beachtet hat, welchen die Intervention auf den Gang des Processes äußert, je nachdem sie nämlich entweder als selbstständiges Rechtsmittel auftritt, durch welches Jemand sich ganz an die Stelle der einen Partei eindrängt und den Erfolg des bisher Verhandelten bestreitet oder den Proceß aufnimmt, wie er ist und sich nur demjenigen anschließt, was von der gleichbetheiligten Partei bis dahin geschehen ist. In dieser Beziehung fällt die vorliegende Intervention in die Classe der accessorischen, obwohl sie, nach der neuern Theorie, nicht als eine rein accessorische zu betrachten ist.

Kläger macht Intervenientem seinen Beitritt gar nicht streitig, sondern er hat dadurch, daß er gleich in der Klage dessen Miterbrecht anerkannte und sein Gesuch auf seine Hälfte beschränkte, ihm solchen gleichsam selbst offen gehalten. Beklagter aber hat sich aus dem Grunde nicht darüber zu beschweren, weil, wie schon erwähnt, Intervenient den Proceß nur in der Lage mit fortsetzt, wie er ihn findet, und weil Beklagter außerdem, nachdem zumal das fol. — befindliche obervormundschaftliche Decret ertheilt ist, im Falle eines günstigen Ausgangs des Processes für Klägern noch einen besondern Proceß von Seiten Intervenientens zu erwarten hätte. Gerade dies ist aber der Zweck der Intervention, die unnöthige Vervielfältigung der Processe zu vermeiden.

Gönner, a. a. O. §. 7. S. 365.

vergl. l. 21. D. de reb. cred.

Daher erscheint die Abweisung der Intervention gesetzlich und processualisch nicht ausreichend gerechtfertigt, und es ist daher die vorige Entscheidung, unter Compensation der Unkosten des Rechtsmittels, abzuändern gewesen."

Bei dieser Entscheidung behielt es sein Bewenden, da die vom Beklagten dagegen eingewendete Appellation mittelst Verordnung des Oberappellationsgerichts vom 14. October 1850 in Hinblick auf die Vorschrift in §. 30. des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1838 für unzulässig erklärt wurde.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 29.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 53.

Die Folgen der unterbliebenen Eidesleistung treten auch in dem Falle, wenn dem Beklagten die Leistung eines Eides zu Abwendung der im Erkenntnisse ausgesprochenen Verurtheilung nachgelassen ist, nicht unmittelbar und ipso jure ein, vielmehr bedarf es zunächst eines anderweiten Erkenntnisses, durch welches der Nachlaß für erledigt und die Verurtheilung für eine unbedingte erklärt wird. Grundsätze bei Beurtheilung desfallsiger Restitutionsgesuche.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. K. in L.

In einem zwischen den Gebrüdern P. in N. und dem Wachstuchfabrikanten G. in E. vor dem Rathslandgerichte zu L. anhängigen Processe war der Beklagte G. in Zahlung von 21 Thlrn. 8 Ngr. 3 Pf., Betrag einer von den Klägern auf seine vorgängige Bestellung geliefert erhaltenen Quantität Cremserweißöl, sowie in Ab- und Erstattung der Kosten rechtskräftig verurtheilt, ihm jedoch zu Abwendung der Verurtheilung die Leistung des über die Klage angetragenen und von ihm angenommenen Eides, daß er bei den Klägern gedachtes Oel nicht bestellt und solches geliefert nicht erhalten habe, nachgelassen worden.

Zu Leistung dieses Eides wurde von dem Proceßgerichte in gehöriger Form der 19. Januar 1853 als Schwörungstermin anberaumt.

Am 17. Januar bat jedoch Beklagtens Sachwalter um Aufhebung dieses Termins mit Bezugnahme auf einen, dem Proceßgerichte überreichten, mit dem Poststempel Worms, 15. Januar 1853 versehenen Brief Beklagtens vom 14. Januar, worin Letzterer ihm meldet, „daß er sich eben auf einer Reise befinde, von welcher er am 19. Januar wieder in L. zu sein gehofft, daß er dies aber nun nicht könne".

Diese Eingabe des Sachwalters Beklagtens wurde von dem Proceßgerichte dem klägerischen Sachwalter, als dieser am 19. Januar im Schwörungstermine erschien, vorgelegt, welcher der beantragten Aufhebung des Schwörungstermins widersprach, und darauf antrug, daß Beklagter im Falle des Außenbleibens des Eides für verlustig erachtet werde.

Da Beklagter nachmals im Schwörungstermine auch wirklich nicht erschien, so baten Kläger unter dem 23. Januar mit Beziehung darauf, daß der von Beklagtem in seiner Eingabe geltend gemachte Entschuldigungsgrund weder, wie die Erl. Proc.-Ordn. ad tit. X. §. 4. erfordere, bescheinigt sei, noch auch dem Inhalte des beigelegten Briefes nach an sich ausreichend erscheine, um Hülfsauflage, und das Proceßgericht gab unter dem 25. Januar „in Erwägung, daß Beklagter, obwohl ihm, laut der ihm legal behändigten Ladung, bis zu der auf den 19. Januar anberaumten Eidesabnahme vom Tage der Behändigung ab eine volle sächsische Frist gelassen worden, ihm also zur Genüge Zeit verblieben, sein Erscheinen im Termine zu ermöglichen, da ferner sein Vorbringen, als völlig unbescheinigt, rechtliche Beachtung nicht finden könne und er daher dem in der Ladung enthaltenen Präjudize gemäß des ihm auferlegten Eides verlustig und daher sachfällig sei", Beklagtem auf, die in dem beigefügten Liquidum bemerkte Forderung der Kläger sammt Kosten binnen

14 Tagen zu bezahlen, widrigenfalls nach Ablauf gedachter Frist, beziehentlich auf der Kläger weiteren Antrag, mit der Execution wider ihn werde verfahren werden.

Gegen diese Hülfsauflage und die damit thatsächlich erfolgte abfällige Resolution auf seine Eingabe vom 17. Januar wendete Beklagter am 4. Februar Appellation ein, mit der Bitte, dieselbe erforderlichen Falls als Beschwerde zu betrachten, indem er unter Rechtfertigung des eingewendeten Rechtsmittels darauf Bezug nahm, daß über die Erheblichkeit der Gründe, welche einem Antrage auf Prorogation eines Termins untergelegt seien, nicht durch Resolution entschieden werden könne, und schließlich in höherer Instanz die Abänderung der beschwerlichen Resolution dahin beantragte, daß der ihm nachgelassene Eid nicht für desert anzusehen, sondern anderweiter Schwurtermin anzuberaumen sei, in welchem ihm gleichzeitig die eidliche Bestärkung seines Anführens nachgelassen werde.

Inzwischen baten Kläger, da der Beklagte der an ihn erlassenen Hülfsauflage nicht nachgekommen war, am 17. Februar nunmehr um die Execution, und das Proceßgericht resolvirte hierauf:

> da Beklagter sein Ausbleiben im Schwörungstermine nicht derartig entschuldigt habe, daß aus der Bescheinigung die Unvermeidlichkeit des Ausbleibens beurtheilt werden könne, das Verfahren fortzustellen und auf die von Beklagtem eingewendete Berufung seiner Zeit Bericht zu erstatten,

vollstreckte auch, nachdem diese Resolution am 22. Februar dem Sachwalter Beklagtens bekannt gemacht worden war, am 24. Februar die Hülfe in das von den Klägern als Hülfsobject bezeichnete, die Forderung noch nicht vollständig deckende Mobiliar, und erstattete sodann auf die obengedachte Appellation Bericht an das Königliche Appellationsgericht zu L., welches unter dem 15. März 1853 folgende Verordnung erließ:

„Dem Königlichen Appellationsgerichte zu L. ist der Bericht vorgetragen worden, welchen das Rathslandgericht zu L. auf die in Sachen ꝛc. von Beklagtem wider das Bl. — erlassene Injunct eingewendete Appellation erstattet hat.

Wenn jedoch auch in den Fällen, wo dem Beklagten die Leistung eines Eides zu Abwendung der gleichzeitig in dem Erkenntnisse ausgesprochenen Verurtheilung nachgelassen ist, die Folgen der unterbliebenen Eidesleistung nicht unmittelbar und ipso jure eintreten, vielmehr es zunächst eines anderweiten Erkenntnisses, durch welches der Nachlaß für erledigt und die Verurtheilung für eine unbedingte erklärt wird, bedarf, sonach auch die Frage, ob die unterbliebene Eidesleistung wirklich einer Verschuldung des Beklagten beizumessen oder in dem vorliegenden Falle, wo der gegenwärtige Beklagte nach Bl. — innerhalb einer dreitägigen, nach der Praxis genügenden Frist vor dem Eintritte des anberaumten Schwörungstermins mit dem Gesuche um dessen Prorogation eingekommen, für ausreichend entschuldiget zu achten sei, nicht durch bloße Resolution und Verordnung erledigt werden kann, so ergeht in Beachtung des ergriffenen Rechtsmittels an das ermeldete Rathslandgericht hiermit Verordnung, in Betreff des Außenbleibens des Beklagten in dem angesetzten Schwörungstermine und der desfalls versuchten Entschuldigung nach vorgängiger Anberaumung eines Inrotulationstermines, bis zu dessen Eintritte die Parteien mit ihrem Vorbringen zu hören sind, rechtlich zu entscheiden oder entscheiden zu lassen.

Die durch die interponirte Berufung erwachsenen Kosten werden bei dem Wechsel der Entscheidung gegeneinander aufgehoben."

In Folge dieser Verordnung wurden die abgepfändeten Mobilien dem Sachwalter Beklagtens (welcher Letztere inzwischen in Worms seinen bleibenden Aufenthalt genommen hatte) zurückgegeben, und das Proceßgericht ertheilte nach vorgängiger Anberaumung eines Inrotulationstermins am 12. Mai 1853 folgenden Bescheid:

„Das Außenbleiben G.'s im Schwörungstermine ist durch dasjenige, was dafür Bl. — vorgebracht, für entschuldigt nicht zu achten, es hat sich vielmehr Beklagter, der Ladung Bl. — entsprechend, an dem ihm nachgelassenen Eide versäumt und es hat bei der Bl. — ausgesprochenen Verurtheilung unbedingt sein Bewenden, es ist auch Beklagter die von Bl. — an erwachsenen Kosten, soweit etwas Anderes Bl. — nicht erkannt, den Klägern ab- und zu erstatten verbunden, und zwar aus folgenden Gründen:

Wenn es auch unzweifelhaft ist, daß eine Partei um Aufnahme eines anstehenden Termins nachsuchen kann, so giebt doch selbstverständlich das bloße Gesuch noch kein Recht; die Proceßgesetze schreiben vielmehr vor,



daß solchem Suchen nicht leichtlich und nicht ohne genugsam bescheinigte, erhebliche Ursache deferirt werden soll, und

ad tit. IV. 5.

ist die Vorschrift enthalten, daß ein in termino oder kurz vor demselben eingebrachtes impedimentum legitimum, wenn solches in continenti nicht be-

scheiniget, zu Abwendung der Contumaz nicht geeignet sein soll.

Fragt man, welche Abwesenheit als ein impedimentum legitimum zu gelten habe, so kann die Antwort nur die sein: nicht das bloße Entferntsein vom Orte des Gerichts, nicht die auf der eignen Entschließung der Partei beruhende Abwesenheit ist es, sondern diejenige Abwesenheit, die ein Vorgeladener zu beseitigen nicht vermag, ein Verhältniß, welches ihn, ohne eigene Einwirkung, verhindert, die Rückkehr rechtzeitig auszuführen.

Mag nun auch durch den Brief Bl. — belegt sein, daß Beklagter am 14. Januar d. J. sich in Worms aufgehalten habe, mag man als wahr annehmen, daß er auf einer Reise sich befunden, so mangelt doch in den Acten jede Andeutung, daß bei dieser Reise, bei diesem Aufenthalte in Worms etwas mehr, als der bloße Wille des Beklagten thätig gewesen sei, es mangelt an einem Hinweis, aus welchen Gründen er nicht zurückkehren konnte, und es ist daher nicht die geringste Unterlage geboten, um sagen zu können, daß eine unvermeidliche Abwesenheit die Abwartung des Termins unmöglich gemacht habe.

Zwar bezieht sich der Beklagte Bl. — darauf, daß er durch unaufschiebbare Geschäfte abgehalten worden sei, im Termine zu erscheinen, allein es möchte um so bedenklicher sein, ihn zu der eidlichen Bekräftigung, wozu er sich erboten, zu admittiren, als keine Angaben vorhanden, worin diese Geschäfte bestanden haben, und als es natürlich nicht darauf ankommt, welche Geschäfte als unaufschiebliche der Beklagte individuell auffaßt, sondern welche der Richter als solche, nach den ihm gemachten Vorlagen, befindet.

Hat nun der Beklagte Nichts geliefert, was die Prorogation des Termins vorher rechtfertigen und, nachdem diese nicht erfolgt, das Außenbleiben im Termine entschuldigen könne, so ist die Versäumniß am Eide und die unbedingte Sachfälligkeit des Beklagten die nothwendige Folge, auf welche, wenn auch causa minuta vorliegt, mit Rücksicht auf die Verordnung Bl. —, der nach Vorschrift der Proceßgesetze in allen ihren Theilen nachzugehen, zu erkennen war.

Bei der Sachfälligkeit in der Hauptsache konnte auch die Verurtheilung in die Kosten davon nicht ausgeschlossen werden, jedoch waren diejenigen Kosten auszunehmen, die dem Beklagten nach Inhalt derselben Verordnung nicht anzurechnen sind."

Gegen diesen Bescheid wendete Beklagter Appellation ein, weil darin erkannt worden,

1.

daß er sich an dem ihm nachgelassenen Eide versäumt und es bei der Bl. — ausgesprochenen Verurtheilung unbedingt sein Bewenden habe,

2.

er auch die von Bl. — an erwachsenen Kosten, soweit etwas Anderes Bl. — nicht erkannt und mit Ausschluß der Bl. — flg. entstandenen, Klägern ab- und zu erstatten verbunden, und

3.

nicht vielmehr seinen früheren Anträgen gemäß auf Anberaumung eines neuen Schwurtermins erkannt worden.

Das Königliche Appellationsgericht zu L. gab hierauf am 16. September 1853 folgende Entscheidung:

„Dieweil es sich im vorliegenden Falle um die Beurtheilung der rechtlichen Folge des Außenbleibens des Beklagten in einem Termine handelt, bei welchem die Vertretung durch einen Bevollmächtigten ausgeschlossen gewesen, und zu dessen Aufhebung des vorgängigen Prorogationsgesuchs ungeachtet nicht verschritten worden, hierbei aber folgende Erwägungen als maaßgebend zu betrachten gewesen:

1.

daß zwar nach einem feststehenden Gerichtsbrauche Anträge auf Aufhebung von Schwörungsterminen auch ohne den Nachweis eines Entschuldigungsgrundes berücksichtigt werden, wenn das Gesuch drei Tage vor dem Termine zu den Acten gelangt, in dem vorliegenden Falle aber nach Bl. — der diesfallsige Antrag bei dem Proceßgerichte erst am zweiten Tage vor dem anberaumten Termine und ohne ausreichende Bescheinigung der angegebenen Behinderungsursache gestellt worden ist, das Verfahren des Gerichts mithin insoweit, als dasselbe die Aufhebung des Termins beanstandet hat, gerechtfertigt erscheint;

2.

daß jedoch hierdurch dem Beklagten das Befugniß, die Bescheinigung nachträglich zu führen, und das früher als Grund für das Prorogationsgesuch angeführte Hinderniß nunmehr als impedimentum legitimum gegen die Versäumniß des Termins geltend zu machen nicht entzogen worden ist, immaaßen die Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. IV. §. 5. die Ausführung der Ehehaft sogar noch in der Appellationsinstanz, bis über die Beachtlichkeit derselben rechtskräftig erkannt worden, zuläßt, und soviel den modus der Bescheinigung anlangt, dem Gerichtsbrauche zu Folge in Fällen der vorliegenden Art das Bl. — erfolgte Erbieten zu Leistung eines Assertorii genügt (Biener, syst. proc., §. 89. edit. sec.);

3.

daß der Beklagte nach Inhalt der Schriften Bl. — zu Ablehnung des Ungehorsams sich darauf bezogen hat,

a) daß er sich in den letzten Tagen vor dem auf den 19. Januar 1853 anberaumt gewesenen Schwörungstermine auf einer Reise, und zwar am 14. gedachten Monats in Worms, befunden,

b) daß er zwar beabsichtigt habe, bis zu dem 19. Januar wieder in L. einzutreffen,

c) daß er jedoch durch unaufschiebliche kaufmännische Geschäfte an der rechtzeitigen Rückkehr behindert worden sei;

4.

daß von diesen Angaben die Behauptung sub a., sowie die Thatsache, daß der Beklagte am 14. Januar 1853 von Worms aus seinem Anwalte schriftlichen Auftrag zu Eingabe eines Prorogationsgesuchs ertheilt hat, durch den Inhalt und den Poststempel des Bl. — im Originale zu den Acten befindlichen Briefes als genügend bescheinigt angesehen werden kann, zumal der Gegner in dieser Beziehung Ausstellungen nicht erhoben hat;

5.

daß unter Berücksichtigung der in der Praxis üblichen milderen Handhabung des auf Restitutionsgesuche bezüglichen prätorischen Grundsatzes der l. 1. in fine D. ex quibus causis majores in integrum restituantur (4. 6.)

„item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam",

der Richter in Fällen der hier in Frage stehenden Art an der Beachtung angeführter Impedimenta nicht behindert ist, wenn sich aus den Umständen abnehmen läßt, daß der betreffenden Partei der Vorwurf einer leichtsinnigen Verabsäumung nicht zur Last gelegt werden kann, mag auch das Hinderniß kein schlechthin unabwendbares gewesen sein, diese Annahme aber in dem gegenwärtigen Falle gerechtfertigt erscheinen würde, wenn

a) den Beklagten wirklich unaufschiebliche kaufmännische Geschäfte von der rechtzeitigen Rückkehr von Worms nach L. abgehalten haben, und wenn ihm

b) dieses Hinderniß nicht früher, als am 14. Januar 1853 bekannt geworden sein sollte,

indem durch die Voraussetzung sub b. die Verabsäumung der erforderlichen Diligenz im Betreff des außerdem früher anzubringen gewesenen Gesuchs um Verlegung des Termins ausgeschlossen wird, und, so viel den Abhaltungsgrund sub a. anlangt, es zu einer übermäßigen Härte führen würde, wollte man davon ausgehen, daß der Beklagte unbedingt verpflichtet gewesen sei, eine Geschäftsreise abzubrechen, um sich durch Leistung des Bl. — erkannten Eides in dem diesfalls anberaumten Termine von einer Schuld von 21 Thalern 8 Ngr. 3 Pf. cum annexis zu liberiren, die möglicher Weise mit pecuniären Nachtheilen, welche für ihn aus der rechtzeitigen Rückkehr entstehen können, in keinem Verhältnisse gestanden haben würden, im Uebrigen bei der Frage, ob dem Beklagten ein leichtsinniges Verhalten zur Last zu legen sei oder nicht, dem Anführen zu Folge es lediglich darauf ankommt, ob die Geschäfte, die den Beklagten zurückgehalten haben, in Wahrheit kaufmännische gewesen sind, und ob er dieselben seiner subjectiven Ueberzeugung nach wirklich für unaufschieblich erachtet habe, als weshalb von dem Bl. — hervorgehobenen Mangel einer nähern Angabe des Geschäfts und des damit zusammenhängenden Sachverhaltes abgesehen werden können;

6.

daß es demgemäß nach Ansicht der jetzigen Instanz für unbedenklich geachtet werden dürfen, das von dem Beklagten erbetene Assertorium auf die Verität der oben sub 5. sub a. und b. gedachten beiden factischen Voraussetzungen zu richten und unter vorausgesetzter Leistung auf Anberaumung eines anderweiten Schwörungstermins zu erkennen;

so ist es bei dem Bl. — zu lesenden, am 12. Mai 1853 publicirten Bescheide, mit alleiniger Ausnahme dessen, was darin wegen Erstattung der von Bl. — in erster Instanz aufgelaufenen, Bl. — näher bezeichneten Kosten erkannt worden, als wobei es bewendet, da dieser Kostenaufwand lediglich durch die verhangene Versäumniß herbeigeführt worden, auf die erste und dritte Beschwerde nicht zu lassen, sondern es ist der Beklagte, dafern er sein Anführen Bl. — eidlich bestärkt und

daß er an der beabsichtigten Rückkehr von Worms nach L. wirklich durch unaufschiebliche kaufmännische Geschäfte abgehalten, auch ihm dieses Hinderniß nicht früher, als den 14. Januar 1853 bekannt geworden,

schwört, wegen seines Außenbleibens in dem am 19. Januar 1853 gestandenen Schwörungstermine für genügend entschuldigt zu achten und mit Anberaumung eines anderweiten Schwörungstermins zu verfahren.

Die Kosten des Rechtsmittels werden compensirt, da in der Hauptsache abändernd entschieden worden ist."

## 54.

### Zu §. 59. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838.

Mitgetheilt von

Herrn A. W. in Ch.

Bei dem vormaligen Stadtgerichte zu Ch. klagte Caroline verw. U. gegen den Fabrikarbeiter L. daselbst wegen eines Anspruches von 3 Thlrn. 25 Ngr. — für Kost und Logis. Beklagter kam später dem im Verhandlungstermine abgeschlossenen Vergleiche nicht nach, es wurde deshalb auf Antrag der Klägerin gewöhnliche Hülfsauflage an Jenen erlassen und nach fruchtlos abgelaufenem Solutionstermine die Hülfe in ein Drittheil des Beklagtem zukommenden Lohnes vollstreckt, auch an dessen Arbeitsgeber P. praevia requisitione des K. Justizamts A. die erforderliche Verfügung erlassen.

Als die Klägerin hierauf später das Gesuch stellte, genannten P. zur Einzahlung des mit Beschlag belegten Lohndrittheils zu veranlassen, ward ihm dies, jedoch ohne Beifügung irgend welchen Präjudizes, aufgegeben, dagegen dieselbe mit ihrem ferneren Antrag auf Einziehung des verholfenen Lohnes ab- und zur Anstellung förmlicher Klage verwiesen.

Die L. klagte nunmehr im Wege des Executionsprocesses bei dem Amte A. gegen P., wurde aber um deswillen abfällig beschieden, weil nach mehrern in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung enthaltenen Präjudizien (neue Folge Bd. 8. S. 387. Bd. 9. S. 97.) durch Vollstreckung der Hülfe in eine außenstehende Forderung der Ausbringer der Execution keineswegs das Recht erlange, die verholfene Forderung, wenn sie zur Verfallzeit nicht bezahlt werde, selbstständig einzuklagen, vielmehr das Proceßgericht sie einzuziehen habe.

Klägerin führte nun wegen Justizverweigerung bei dem Königl. Appellationsgerichte Zwickau Beschwerde, welches unterm 11. December 1851 folgende Verordnung erließ:

„Aus dem von dem Stadtgerichte unter Beifügung der vor ihm sowohl als vor dem Amte A. ergangenen Acten auf Erfordern erstatteten Bericht vom 20. vor. Monats hat das Appellationsgericht von der Wahrheit der thatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin und somit im Allgemeinen davon, daß auf einer oder der anderen Seite eine Justizverweigerung, welche Abhülfe erheischt, vorliege, sich überzeugt. Bei dem hierdurch nothwendig gewordenen Einschreiten der Oberbehörde kommt lediglich die Auslegung §. 59. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 in Frage, indem das Stadtgericht unter Bezugnahme auf eine vorhin zugegangene Verordnung*) des unterzeichneten Collegiums in der bezogenen gesetzlichen Vorschrift eine genugsam erfolgte Cession der Forderung an die Klägerin erblickt, das Amt A. dagegen auf die in der Zeitschrift f. R. u. V. N. F. Bd. VIII. Abh. XVII. S. 385 ff. Bd. IX. Abh. IV. S. 94 f. zu lesende Begründung einer hiervon abweichenden Ansicht und der Meinung, daß durch das in §. 59. vorgeschriebene Verfahren eine Cession der verholfenen Forderung allenthalben nicht, sondern nur eine Pfandnahme derselben verwirkt werde, welcher Ansicht auch das Königliche Oberappellationsgericht beigetreten ist, sich beruft. Es kann von einem näheren Eingehen auf die angeregte Streitfrage vor der Hand abgesehen werden, dagegen sind folgende Umstände ins Auge zu fassen:

Der Schuldner des Beklagten, welcher für diesen zur Zahlung angehalten werden soll, wird in den obschwebenden Executionsproceß nicht dergestalt, daß er darin ebenmäßig Partei werde, hineingezogen, sondern dessen Rechtsverhältniß zu seinem Gläubiger bleibt an sich ungestört und er kann die besondere Geltendmachung des Anspruchs erwarten, namentlich hört dann, wenn derselbe, wie in vorliegendem Falle, für seine Person den Proceßrichter nicht unterstützt, ein unmittelbares Zuthun des letztern auf.

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. IX. p. 387. nota 5.

Demnächst ist die Veräußerung von Forderungen auf dem Wege der öffentlichen Auction durch das Gesetz vom 9. Januar 1838 im Allgemeinen, also auch von verholfenen Forderungen,

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt., Bd. IX. pag. 102.

verboten, und endlich erfordert die Gebung an Zahlungsstatt, welche in Bezug auf Außenstände des Schuldners §. 17. der Proceßordnung Tit. XXXIX. und rücksichtlich der Grundstücke §. 19. ad Tit. XXXIX. der Erl. Proceßordnung Erwähnung findet, die Einwilligung des betreffenden Gläubigers, welche in ersterer Beziehung um so erforderlicher ist, als derselbe nicht blos nomen verum, sondern auch bonum et liquidum verlangen kann.

vergl. Griebner's Discurs ad l. l. p. 349. sub V. „Geben" und pag. 358. ad 17.

Werden diese Umstände unter einander verglichen,

---

*) Vergl. Wochenbl. v. J. 1850. Seite 23, woselbst die angezogene ältere Verordnung mitgetheilt ist.
Anm. des Einsenders.

so ist es, zumal für den Fall, daß der einem andern als dem Proceßgerichte unterworfene Schuldner des Schuldners auf die dem Gläubiger des ersteren verholfenen Forderung gutwillig Zahlung nicht leistet, an sich klar, und dies wird auch in der erstbezogenen Abhandlung Band VIII. der Zeitschrift pag. 387. not. 5. nicht verkannt, daß, um dem Hülfsgläubiger die Verwerthung der verholfenen Forderung zu ermöglichen, etwas Anderes nicht übrig bleibt, als den Schuldner des Schuldners vor dessen ordentlicher Obrigkeit auf Bezahlung seiner Schuld im Rechtswege und zwar in derjenigen Proceßform, die je nach den vorhandenen Beweismitteln zulässig erscheint, zu belangen.

Bei der durch das deutsche Proceßverfahren veränderten Stellung des richterlichen Amtes und den in wesentlichen Punkten rücksichtlich des Rechts auf die Hülfsvollstreckung in Forderungen und des Verfahrens dabei getroffenen Abänderungen ist nicht, wie im römischen Rechte

l. 15. §. 10. D. de re judicata (XLII. 1.)

angedeutet zu befinden, anzunehmen, daß dies vor dem Richter des Hülfsverfahrens selbst oder durch einen nach Analogie des Concursproceßes zu bestellenden Rechtsvertreter geschehe, es liegt vielmehr in der Natur der Verhältnisse und wird unter analoger Anwendung

const. 4. Cod. quae res pignori etc. (IV. 17.)

von den Lehrern des gemeinen Rechts zugelassen,

vergl. Brunnemann, Comment. in Cod. lib. VIII. Tit. XXII. L. si praetorium.

Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßes, §. 374.

Heffter, System des Proceßrechts, §. 515. 2. Ausg.

daß dies von dem Gläubiger ins Werk geseßt werde, zu dessen Gunsten die Hülfe vollstreckt worden ist, und der dadurch ein dingliches Recht an der ihm verholfenen Forderung und somit mindestens die Pfandklage auf dessen Geltendmachung erlangt habe. Von dieser Ansicht geht auch der Entwurf einer neuen Gerichtsordnung vom Jahre 1803, welcher augenscheinlich die in den mehrfach bezogenen Abhandlungen vertheidigte Ansicht, daß die Hülfsvollstreckung in außenstehende Forderungen des Schuldners immer eine Pfandnahme bleibe, folgerichtiger festhält, als das Executionsgeseß, aus, indem darin Absatz 16. verbunden mit Absatz 4. §. 33. des 37. Titels der Meinung älterer vaterländischer Proceßlehrer, welche

vergl. Berlich, concl. practic., Lib. I. Concl. LXXXI. nota 242.

Thom. Hayme, de stylo curiae, Lib. IX. Tit. II. §. IX.

Bergeri, Electa disc. for., Tit. XXXIX. obs. XIII.

in einem Falle der vorliegenden Art dem Gläubiger act. Servianam utilem gewähren, gemäß, dem Gläubiger auf Grund des erlangten Hülfsrechts gestattet wird, wider den Schuldner seines Schuldners vor dessen ordentlicher Obrigkeit auf Deposition der Schuld zu klagen, oder insofern sonst die Sache dazu geeignet ist, die Execution darauf zu suchen. In Rücksicht auf diese Erwägungen kann das Appellationsgericht sich auch der von

Heyne, Commentar über das Geseß, die Grund- und Hypothekenbücher betr., Bd. II. pag. 263., und

Volkmann, System des Civilproceßes, Bd. III. §. 276.

vertheidigten Meinung, daß dem Hülfsgläubiger durch die §. 59. des Executionsgeseßes ein gegen den Schuldner seines Schuldners selbstständig zu verfolgendes Recht habe verliehen werden sollen, nicht entschlagen, eine Meinung, die auch in den Schlußworten §. 60. eine nicht unerhebliche Unterstützung findet; immer aber muß hiernach behauptet werden, daß die auf sothane Vorschriften gegründete Maaßnahme des Proceßgerichts dem Gläubiger zur vollständigen Rechtfertigung zur Sache gereiche und allenfalls eine spätere Mitwirkung des Hülfsrichters nur dann erst wieder in Frage zu stellen sei, wenn es in dem neuen Proceße zur Zahlung kommt und der nunmehrige Proceßrichter zu seiner Sicherstellung verlangt, daß die Zahlung zu seinem oder des Richters in der vorhergegangenen Sache Depositum geleistet werde; keineswegs jedoch führt dies dahin, den Gläubiger mit seiner Klage alsbald zurückzuweisen, soweit eine solche Zurückweisung des etwanigen Antrages nicht aus anderen Gründen des Proceßrechts als nothwendig erscheint."

In Betracht dieser Gründe wurde im Schluß der Verordnung das Amt A. angewiesen, den Proceß gegen P. zu eröffnen, oder, soweit es solchen in seiner processualischen Fassung für unstatthaft erachte, die Klägerin sonst sachgemäß zu bescheiden und nach Befinden auf deren fernere Anträge das Erforderliche zu verfügen.

## 55.

### Zu §. 57. des Hypothekengesetzes.

### Bestimmungsgründe für das bei Ergänzung der Einwilligung eines Auszugsberechtigten in eine Dismembration entscheidende pflichtmäßige richterliche Ermessen.

Mitgetheilt von

Herrn Act. S. in R.

Im Jahre 1849 beabsichtigte der Besitzer des unter Folium 15. des Grund- und Hypothekenbuches für das Dorf S. gelegenen Bauergutes, C., eine Dismembration des letzteren in der Maaße, daß von diesem, 37 Acker 175 □Ruthen enthaltenden und mit 606,11 Steuereinheiten belasteten Gute überhaupt 11 Acker 177 □Ruthen mit 188,99 Steuereinheiten abgetrennt werden sollten.

Diesem mit der Veräußerung des Stammgutes um die Summe von 6000 Thlrn. —ˢ —ˢ verbundenen Vorhaben trat der Auszügler S. in S., für welchen auf dem zu dismembrirenden Gute außer 308 Thlrn. 10 Ngr. —ˢ von Michaelis 1849 bis dahin 1851 mit jährlich 102 Thlrn. 23 Ngr. 3 Pf. fälligen Termingeldern und einem Wohnungsauszuge auch noch folgender Naturalauszug, als:

1. vier Scheffel gutes Korn zu Michaelis jedes Jahres,
2. ein Scheffel guter Weizen } zu Weihnachten,
3. ein Scheffel gute Gerste }
4. vier Scheffel gute große Kartoffeln nach der Ernte,
5. zwölf Kannen gute Winterbutter zu Michaelis,
6. von Walpurgis bis Michaelis wöchentlich eine halbe Kanne Butter, sowie alle Sonntage zwei Kannen Milch und außerdem wöchentlich vier Kannen gute Milch auf Verlangen,
7. in demselben Zeitraume wöchentlich eine halbe Kanne Sahne,
8. von Michaelis bis Walpurgis täglich eine Kanne gute Milch,
9. ein Schock Quarkkäse und ein halbes Schock Ziegenkäse,
10. ein Schock Hühnereier,
11. ein halbes Schwein sammt Würsten oder 6 Thlr. —ˢ —ˢ in Gelde, halb zu Johannis, halb zu Weihnachten zahlbar, nach des Auszüglers Wahl,
12. ein Kalb oder statt dessen 1 Thlr. —ˢ —ˢ, zu Ostern zahlbar,
13. ein Schock Krauthäupter,
14. der vierte Theil von allen Baumfrüchten,
15. funfzehn Gebunde und acht Schütten Stroh gegen Rückgabe des alten,
16. zwölf Karren Dünger in den Grätzegarten,
17. sechs Schock Reißigholz oder 1 Thlr. 15 Ngr. —ˢ für jedes Schock,
18. das Recht, beim jedesmaligen Backen vier Brode mit backen zu lassen, und
19. die Ernte von acht Metzen Leinsaat,

alljährlich haftete, mit seinem ausdrücklichen Widerspruche entgegen.

Soweit der Auszügler S. als hypothekarischer Gläubiger bei der beabsichtigten Dismembration interessirt war, erledigte sich dieser Widerspruch durch die Seiten des Besitzers des pflichtigen Gutes, C., erfolgende, von S. angenommene sofortige Zahlung sämmtlicher Termingelder; in Ansehung des Auszuges aber ertheilte die Hypothekenbehörde auf Ansuchen des C. folgendes, beiden Interessenten zur Nachachtung abschriftlich zugefertigte Decret:

ꝛc. „Insoweit nun S. als Auszugsberechtigter betheiligt ist, kommt die Disposition in §. 57. Satz 2. des Hypothekengesetzes zur Erwägung, wonach die Einwilligung eines Auszugsberechtigten, wenn für ihn keine Gefahr und kein Nachtheil aus der Abtrennung entsteht, auch vom Untergerichte nach pflichtmäßigem Ermessen ergänzt werden und solchenfalls selbst sein ausdrücklicher Widerspruch die Abtrennung nicht hindern kann.

Nun kann aber für den Auszügler S. aus der von C. beabsichtigten Abtrennung um so weniger Gefahr oder Nachtheil entstehen, als sein Wohnungs- und Naturalauszug die erste Hypothek genießt, bei dem für 6000 Thlr. —ˢ —ˢ verkauften Stammgute ein Flächeninhalt von 25 Ackern 298 □Ruthen mit 417,12 Steuereinheiten verbleibt und überdem die abgetrennten Grundstücke für den S.'schen Auszug hypothekarisch versichert bleiben sollen. Es wird daher die Einwilligung des Auszüglers S. in die beabsichtigte Dismembration hierdurch ergänzt und ist das Dismembrationsverfahren ohne Weiteres fortzustellen."

Nachdem Letzteres geschehen, auch die von der Bezirkssteuereinnahme entworfene Steuereinheiten- und Ablösungsrentenrepartition bereits die Genehmigung des Kreissteuerrathes erlangt hatte und demnächst zur Vortragung der abgeschlossenen Käufe verschritten werden sollte, protestirte der Auszügler S. unter Eventualappellation gegen die Realisirung der beabsichtigten Dismembration und gegen die Ergänzung seiner Einwilligung darein mit Bezugnahme auf den Num. 38. der Bekanntmachung vom 2. October 1839 angeführten Rechtssatz.

Das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig, an welches die Acten, nachdem der Besitzer des pflichtigen Gutes mit einer Widerlegungsschrift gehört worden war, gelangten, interloquirte unter dem 13. August 1850 dahin:

„daß mit Hinsicht auf die Bestimmung in der Bekanntmachung vom 2. October 1839, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betr., unter Num. 38. zunächst die Ortsgerichtspersonen mit ihrem landwirthschaftlichen Gutachten darüber, ob bei dem verbleibenden Umfange des Stammgutes nach Wahrscheinlichkeit und ökonomischen Grundsätzen mit Zuversicht zu erwarten stehe, daß der dem S. zustehende Naturalauszug auch ferner vollständig und rechtzeitig aus dem Stammgute entrichtet werde? zu hören und nach dessen Erfolge die Acten anderweit berichtlich einzusenden."

In Folge dessen wurden die Gerichtspersonen des Dorfes S. nach vorgängiger Belehrung über den Umfang des verbleibenden Stammgutes und über die Beschaffenheit und Quantität des S.'schen Auszuges und unter Verweisung auf ihren Pflichteid in der vorstehend angeordneten Weise befragt, und nachdem das Resultat dieser Befragung, die unbedingte Bejahung der obigen Frage, Bl. — flg. actenkundig gemacht worden, die Acten anderweit berichtlich eingesendet.

Die hierauf ergangene Verordnung des Königlichen Appellationsgerichts zu Leipzig lautete dahin:

„Das Königliche Appellationsgericht hat die von dem Gutsauszügler S. eingewendete Appellation, da nach dem von den Ortsgerichtspersonen zu S. Bl. — auf Erfordern abgegebenen landwirthschaftlichen Gutachten eine Gefährdung der Auszugsgerechtsame S.'s nicht anzunehmen, der erhobene Widerspruch daher als völlig unbeachtlich sich darstellt, verworfen, und verordnet demnach, Appellanten mit dem gebrauchten Rechtsmittel abzuweisen, denselben auch zu Berichtigung der dadurch veranlaßten Kosten anzuhalten."

Der Auszügler S. appellirte zwar nochmals, die Entscheidung des Königlichen Oberappellationsgerichts vom 17. October 1850 fiel aber bestätigend aus und sprach sich, unter Verurtheilung des Appellanten in Erstattung der Kosten, dahin aus:

„Das Königliche Oberappellationsgericht hat das eingewendete Rechtsmittel aus den in die angefochtene Verordnung Bl. — bereits aufgenommenen Gründen, und in Erwägung, daß, wenn auch nach Befinden das Bl. — der Acten allerdings nur sehr allgemein protokollirte, auch den Parteien vor der Verordnung Bl. — nicht bekannt gemachte, auf einige speciellere Gründe gar nicht eingehende Gutachten der Ortsgerichtspersonen an sich nicht für geeignet hätte erachtet werden können, unbedingt alle weitere Erörterungen über die zur Deckung des fraglichen Auszuges bei dem C.'schen Gute nach der beabsichtigten Dismembration annoch verbleibenden Kräfte als überflüssig oder ausgeschlossen darzustellen, Letzteres doch im vorliegenden Falle um deswillen hat angenommen werden mögen, weil Appellant nicht nur in seiner früheren Eingabe Bl. — flg., sondern auch selbst noch in seiner gegenwärtig vorgelegenen Appellationsschrift, namentlich Bl. — gar nicht: „daß an sich das nach der beabsichtigten Abtrennung verbleibende Stammgut annoch Ertragsfähigkeit genug für die Deckung des fraglichen Auszuges behalte", zu leugnen unternommen, sondern allenthalben nur die künftig vermeintlich zu besorgende noch saumseligere persönliche Erfüllung der Auszugsverbindlichkeiten zu behaupten und auf die Besorgniß deshalb seinen Widerspruch zu stützen sich begnügt hat, verworfen."

## Miscellen.

**Anstellungen, Ernennungen** ꝛc. Ernst Friedrich Iphofen, vorher Rathsactuar zu Leipzig, ist als 2. Secretair bei der Kreisdirection daselbst, und

Johann Theodor Gumprecht, vorher Hülfssecretair, als außeretatmäßiger Secretair bei der Kreisdirection zu Zwickau angestellt worden.

Se. Königliche Majestät haben den zeitherigen Gerichtsrath beim Landgericht Löbau,

Karl Ludwig Schmalz,

in derselben Eigenschaft beim Landgericht Pirna, und den zeitherigen Patrimonialgerichtsverwalter

Advocat Karl Emil Fellmer zu Löbau

als Gerichtsrath beim Landgericht Löbau anzustellen gnädigst geruht.

Se. Majestät der König haben den Advocaten Walter Petsch zu Dresden als Hülfsassessor beim Appellationsgericht zu Dresden anzustellen geruht.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von Bernhard Tauchnitz in Leipzig.

№ 30. Neue Folge Zweiter Jahrgang. 1854.

### 56.

Kauf auf Bestellung — Kostenvorstand — Eidesrelation über facta referentis propria — copia advocatorum.

Mitgetheilt von
Herrn Amtsactuar W. in Th.

Der Kaufmann Wilhelm B. in Magdeburg erhob am 11. Februar 1853 gegen den Gastwirth Friedrich E. in Th. bei dem dasigen Königl. Justizamte eine Klage folgenden Inhalts:

Beklagter habe auf vorgängige Bestellung vom Kläger unter Bewilligung eines sechsmonatlichen Credits die in der sub A. beiliegenden Rechnung angegebenen Arac- und Rumquantitäten zu den darin bemerkten Zeiten und den beigesetzten, von ihm bei der Bestellung fest behandelten Preisen nebst jedesmaligen, mit der Rechnung übereinstimmenden Facturen geliefert erhalten und in Empfang genommen, und sei dem Kläger dafür mit Einschluß der in der Rechnung mitaufgeführten Kosten für das Gefäß zusammen die Summe von 57 Thalern —„ —„ schuldig geworden.

Da sich Beklagter zur Berichtigung dieser Schuld nicht bewegen lasse, so beantrage der Kläger, unter Eidesantrag über die Klage nebst Beifuge A., die Verurtheilung des Beklagten in die Bezahlung des Kaufpreises der 57 Thaler —„ —„ nebst Verzugszinsen von den einzelnen Rechnungsposten, vom Anfange des 7ten Monats nach jeder Lieferung an gerechnet, und in die Erstattung der Kosten.

Die Klagbeilage A. lautete im Wesentlichen:

„Magdeburg, den 4. Februar 1853.

Sie empfingen auf Bestellen

| | | |
|---|---|---|
| 1849. Sept. 27. | ½ Anker feinen weißen Arac de Goa, 20 Thlr. pro Anker . . . . . | 10 ℛ — ngl |
| | für Faß . . . . . | — „ 10 „ |

Ziel sechs Monat.

Sie empfingen ferner auf Bestellen

| | | |
|---|---|---|
| 1850. Febr. 11. | 1 Eimer weißen Rum, 65 %, 72 Thlr. pro Oxhoft . . . . . | 24 „ — „ |
| | 1 Eimer braunen Rum, 65 %, 63 Thlr. pro Oxhoft . . . . . | 21 „ — „ |
| | für 2 Fässer, à 25 Ngr. . . . . | 1 „ 20 „ |
| | | 57 ℛ — ngl |

Wilhelm B."

In dem Ueberreichungsschreiben zur Klage leistete Klägers Anwalt für den Fall, daß vom Kläger die Bestellung eines Kostenvorstandes erfordert werde, eventuell in dieser Beziehung nach Höhe von 30 Thrn. —„ —„ förmliche Bürgschaft.

Die Einlassung erfolgte, unter Rückgabe des Eides, in der Hauptsache verneinend, und wurde dabei von dem Beklagten beantragt,

a) dem Kläger die Bestellung eines baaren Kostenvorstandes von mindestens 30 Thlrn. —„ —„ aufzugeben, da die Bürgschaft seines Anwaltes nicht hinreiche, und

b) die erste der geklagten Posten als verjährt abzuerkennen, da ein sechsmonatliches Ziel weder verlangt noch gewährt worden sei.

Es wurde hierauf folgender Amtsbescheid ertheilt:

„Daß Kläger zuvörderst einen baaren Kostenvorstand von mindestens 30 Thlrn. —„ —„ zu bestellen, oder daß ihm ein gesetzlicher Befreiungsgrund

von dieser Obliegenheit zur Seite stehe, genügend nachzuweisen schuldig.

Würde hiernächst, die Hauptsache anlangend, Kläger,

daß er in der That die in der Klagbeifuge A. verzeichneten Quantitäten an Rum und Arac auf vorgängige Bestellung des Beklagten zu den dort bemerkten Zeiten und für die daselbst angegebenen, mit dem Beklagten bei der Bestellung vereinbarten Preise dem Beklagten geliefert, und dieser, so viel er wisse, glaube und dafür halte, sie auch wirklich in Empfang genommen habe,

und unter der Voraussetzung, daß dieser Eid von ihm zuvor geleistet sein wird, auch noch,

daß rücksichtlich des von ihm dem Beklagten am 27. September 1849 gelieferten halben Ankers seinen weißen Arac de Goa ein sechsmonatlicher Credit der Zahlung von dem Beklagten verlangt und demselben von ihm, dem Kläger, gewährt worden sei,

schwören, so ist Beklagter dem Kläger die geforderten 57 Thlr. —ˢ —ᵍ sammt Zinsen des Verzugs von den einzelnen Posten der Rechnung, vom Anfange des 7ten Monats nach der jedesmaligen Lieferungszeit an gerechnet, zu bezahlen, auch die aufgelaufenen Proceßkosten ab- und beziehendlich dem Kläger zu erstatten schuldig; wohingegen, wenn zwar der erste Eid, nicht aber auch der zweite Eid von Klägern geleistet würde, Beklagter dem Kläger nur 46 Thlr. 20 Ngr. —ˢ nebst Verzugszinsen, vom 11. September 1850 an gerechnet, dem Kläger zu bezahlen schuldig, insoweit aber ein Mehreres von ihm verlangt worden, von der Klage zu entbinden und loszuzählen ist, und werden solchen Falles die Kosten dieses Processes unter den Parteien gegen einander aufgehoben. Würde aber Kläger den ersten Eid zu leisten nicht vermögen, in welchem Falle es auch der Ableistung des zweiten nicht bedarf, so ist Beklagter rücksichtlich des gesammten Klaganspruchs von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, und ist für diesen Fall Kläger die Proceßkosten ab- und dem Beklagten zu erstatten schuldig.

Von den außergerichtlichen Kosten sind die Bl. — berechneten Reisekosten an Meilengebühren, Diäten und Fortkommen zur Erstattung an den Gegner nicht geeignet.

Entscheidungsgründe. Daß der Kostenvorstand in baarem Gelde geleistet werde, ist zwar nirgends gesetzlich vorgeschrieben, vielmehr gelten von ihm die allgemeinen Regeln über die Bestellung von Cautionen, und es ist unbezweifelt, daß der Kläger den Kostenvorstand, wie jede andere Caution, auch durch Hypothek, durch Bürgen, ja sogar im Falle der Armuth des Klägers auch eidlich (Alte Proceßordn. Tit. XIII. 93.) bestellen darf. Die Bestellung desselben in baarem Gelde bildet aber, wie dies auch von anderen Cautionen gilt, die Regel, und alle übrigen Arten sind nur Leistungen, die in einzelnen besonderen Fällen an die Stelle des baaren Geldes treten. Wenn nun der Kostenvorstand nicht blos zur Sicherung des Proceßgerichts, sondern auch des Gegners vom Kläger zu leisten ist, so kann die Bestellung des Kostenvorstandes auf andere Weise, als durch baares Geld, nur dann als statthaft erscheinen, wenn beide Interessenten, das Proceßgericht und der Beklagte, darüber einverstanden sind, daß im einzelnen Falle von der regelmäßig zu leistenden baaren Bestellung des Kostenvorstandes abgesehen und eine andere Modalität seiner Bestellung zugelassen werde. Wenn nun im vorliegenden Falle der Beklagte die von dem Kläger geleistete bürgschaftliche Bestellung des Kostenvorstandes für unzureichend befunden und die Baarbestellung beantragt hat, so war darauf, daß es bei der allgemeinen Regel sein Verbleiben habe, zu erkennen.

Beklagter hat den Klaggrund bei dem 1. bis 8., 10. bis 19., 21. bis 49. Einlassungspunkte ins Leugnen gestellt, und den über die Klage ihm angetragenen Eid dem Kläger zurückgegeben. Es war daher auf das relatum zu erkennen. Denn, was Kläger Bl. — von der Unzulässigkeit der Eidesrelation für den Fall, wenn es sich um ein factum referentis proprium handele, bemerkt, hat im vorliegenden Falle keine Anwendung zu leiden, indem die Rückgabe des Eides nur rücksichtlich solcher Thatsachen, bei denen der Deferent gar nicht, sondern der Delat allein concurrirte, unstatthaft ist,

fr. 11. §. 2. Dig. XXV. §. 2.

Osterloh, ordentl. Proc., §. 263. bei not. 9.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. III. pag. 72.

hier aber, wo die Erfüllung eines Lieferungscontractes in Frage steht, beide Theile, der Kläger als Uebergebender, der Beklagte als Empfangender, thätig und bei einer und derselben Thatsache betheiligt gewesen sein müssen. Aus dem nämlichen Grunde, weil es sich bei dem Lieferungscontracte um ein factum commune handelt, war der Eid theilweise, und zwar, soweit er die Empfangnahme der Waaren betrifft, da dies für den schwörenden Kläger ein factum alienum ist, als Glaubenseid zu formeln. Daß für den Fall der Ableistung des ersten Eides durch den Kläger die vollständige Verurtheilung, für den Fall des Versäumnisses daran aber die vollständige Freisprechung des Beklagten ausgespro-

chen worden ist, bedarf keiner besondern Rechtfertigung.

In Betreff der Zuerkennung des zweiten Eides ist jedoch Folgendes zu erwähnen:

Nach der decis. XV. vom Jahre 1746 sind die Verzugszinsen von rückständigem Kaufgelde für empfangene Kaufmannswaaren dann, wenn zur Zahlung ein bestimmter Termin gesetzt worden, von der Verfallzeit, außerdem aber nach Ablauf von 6 Monaten, vom Empfange der Waaren an gerechnet, oder, wenn der Verkäufer den Käufer deswegen eher belangt, von Zeit der erhobenen Klage an zu rechnen. Hieraus folgt, daß, wenn in Betreff der ersten, in der Klagbeifuge A. erwähnten, angeblich den 27. September 1849 abgelieferten Waarenpost ein sechsmonatlicher Credit nicht ausdrücklich vereinbart worden war, der Kläger von dem Augenblicke der Ablieferung an das Kaufgeld fordern durfte, von diesem Zeitpunkte ab also auch die Verjährungsfrist zu laufen begann, die solchenfalls allerdings nach Maaßgabe des Gesetzes vom 23. Juli 1846 nunmehr abgelaufen sein würde. Nur für den Fall, daß wirklich, wie Kläger behauptet, ein sechsmonatlicher Credit von dem Beklagten verlangt und von dem Kläger gewährt worden ist, war Kläger vor dem Ablauf dieser Frist zu klagen nicht berechtigt, und es konnte gegen ihn nicht eher die Verjährung zu laufen anfangen. In dem letzteren Falle würde auch die dreijährige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen sein. Es hängt daher die Frage, ob Kläger die erste Waarenpost an 10 Thlrn. 10 Ngr. — gegenwärtig noch von Beklagtem zu fordern berechtigt ist, von der Ableistung des dem Kläger oben zuerkannten zweiten Eides ab, und es versteht sich von selbst, daß durch das Versäumniß des Klägers an dem ersten Eid sich auch die Ableistung dieses zweiten Eides erledigt, so wie daß für den Fall, wenn Kläger nur den ersten, nicht aber auch den zweiten Eid leisten würde, wegen der alsdann auf Seiten des Klägers vorliegenden Zuvielforderung die Kosten zu compensiren gewesen sind.

Die Reisekosten des klägerischen Anwaltes konnten darum nicht als zur Erstattung durch den Gegner geeignet angesehen werden, weil außer dem Rechtsbeistand des Beklagten in Th. noch ein zweiter Rechtsanwalt wohnhaft ist und daher für den Kläger die Nothwendigkeit der Vertretung durch einen auswärtigen Sachwalter nicht vorlag."

Auf die vom Kläger hiergegen eingewendete Appellation erkannte das Königl. Appellationsgericht zu D. im August 1853:

„Daß es bei dem Bl. — zu lesenden, am 20. Mai 1853 publicirten Bescheide nicht allenthalben zu lassen, sondern es sind die auf der zweiten Seite des 17. Actenblattes auf der 4. bis mit 7. Zeile von oben befindlichen Worte:

„geliefert und dieser" ꝛc. bis mit „in Empfang genommen habe",

ingleichen die ebendaselbst auf der 11. bis mit 19. Zeile von oben zu lesenden Worte:

„daß rücksichtlich des" ꝛc. bis mit „gewährt worden sei",

in Wegfall zu bringen, und anstatt der ersteren folgende:

„übersendet habe",

und anstatt der letzteren diese:

„daß Kläger, als er dem Beklagten den in der der Klage beigefügten Rechnung unter A. Bl. — gedachten einen halben Anker feinen weißen Arac de Goa übersendet, demselben zugleich eine Factura darüber mit zugeschickt habe, und daß auf dieser Factura die Worte „6 Monate Ziel" geschrieben gewesen seien",

zu setzen. Dahingegen wird der gedachte Bescheid im Uebrigen unter Compensation der durch die eingewendete Berufung verursachten Kosten hiermit bestätigt, jedoch mit dieser Erläuterung, daß der 10. 11. und 12. Ansatz der Bl. — liquidirten Extrajudicialien, insofern der Verlag für Fortkommen nach der angegebenen Höhe annoch aus den Privatacten des klägerischen Sachwalters oder sonst durch Quittung glaubhaft bescheinigt wird, für zur Erstattung geeignet zu achten.

Entscheidungsgründe. Bekanntlich erstreckt sich die Verbindlichkeit desjenigen, bei welchem eine Waare bestellt, das heißt: mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage zu deren Uebersendung an den Verlangenden gekauft wird, wenn Ersterer diesen Vertrag eingeht, in der Regel nicht weiter, als daß er die bestellte Waare entweder unmittelbar zu Händen des Käufers gelangen lassen, oder, dafern Letzterer an einem anderen Orte wohnt, die Uebergabe derselben an eine dazu geeignete dritte Person behufs deren Uebermittelung an den Besteller bewirken muß.

Treitschke, der Kaufcontract, §. 60.

Wenn daher Kläger in der Klage angeführt hat, daß der Beklagte die in gegenwärtiger Sache in Rede stehenden Waaren zu den in der Rechnung Bl. — angegebenen Preisen bei ihm bestellt, und er, Kläger, dieselben an Beklagten abgeliefert habe, so reicht dies — abgesehen von der Verjährungsfrage — an sich zur Begründung des erhobenen Anspruchs vollständig aus, und es bedarf für den Kläger, wenn er diese Thatsachen durch Leistung des über die Klage

angetragenen und ihm zurückgegebenen Eides in rechtliche Gewißheit zu setzen vermag, nebenbei nicht noch des Beweises der ferner in die Klage aufgenommenen Behauptung, daß der Beklagte auch diese Waaren in Empfang genommen habe, indem, wenn die Empfangnahme der Waaren Seiten des Letzteren ungeachtet der vorangegangenen Bestellung und Absendung derselben unterblieben wäre, dieser Umstand an sich an der Thatsache der Contractserfüllung Seiten des Klägers Etwas nicht ändern und den Beklagten nicht ohne Weiteres der Verbindlichkeit entheben würde, nunmehr auch seinerseits die versprochene Gegenleistung zu gewähren. Es wäre vielmehr, sollte die betreffende Waare an den Beklagten nicht gelangt sein, Sache des Letzteren gewesen, zu behaupten und nachzuweisen, daß die Waare, in Betreff deren die Gefahr mit dem Abschluß des Handels, mithin wenigstens von dem Zeitpunkte an, zu welchem der Kläger die von dem Beklagten bestellte Waare an Letzteren abschickte, auf Beklagten übergegangen war, in Folge einer Verschuldung des Klägers nicht an ihn gelangt sei.

Es waren sonach aus dem ersten der beiden in dem Bescheide erster Instanz gesormelten Eide die auf die Empfangnahme der fraglichen Waaren Seiten des Beklagten — in Ansehung welcher Thatsache übrigens, da bei der Entfernung des Wohnortes des Beklagten von dem des Klägers nur der Erstere dabei hat concurriren können, bekannten processualischen Grundsätzen zu Folge die Eidesrelation gar nicht statthaft, und daher trotzdem, daß sie erfolgt, nach der Schlußbestimmung in der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XVIII. §. 1. nöthigen Falls auf das Delatum zu erkennen gewesen wäre — bezüglichen Worte gänzlich in Wegfall zu bringen, übrigens aber für das aus der Klage in der Eidesnotul aufgenommene Wort „abgeliefert", welches bei dem verschiedenen Wohnort der Parteien offenbar nur den Sinn haben soll, daß die fraglichen Waaren dem Beklagten „übersendet" worden seien, der größeren Deutlichkeit halber das Letztere zu setzen.

Was hiernächst den zweiten von den in dem erwähnten Bescheide erster Instanz gesormelten Eiden anlangt, so entspricht es allerdings der Sachlage nicht, daß dieser Eid mit darauf gerichtet worden, daß in Betreff der ersten von den in der Rechnung Bl. — gedachten Waarenposten ein sechsmonatlicher Credit von Beklagtem verlangt worden sei. Daß dies der Fall gewesen, ist weder vom Kläger behauptet worden, noch kommt darauf Etwas an, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Anspruch des Klägers auf Bezahlung des Kaufpreises dafür schon mit der Lieferung der Waare oder erst nach Ablauf des 6ten Monats von da an gerechnet fällig und klagbar geworden sei, da, wenn auch der Beklagte eine Creditirung des Kaufpreises gar nicht verlangt gehabt, vielmehr der Kläger aus eigenem Antriebe die mit der Waare gesendete Factura mit der Bemerkung versehen hat, daß er einen sechsmonatlichen Credit bewillige, hieraus von selbst folgen würde, daß der Kläger der Geltendmachung seines Anspruchs auf Bezahlung des Kaufpreises gegen den Beklagten bis nach Ablauf des 6ten Monats nach der Lieferung freiwillig sich begeben, daher aber die Verjährung seiner bezüglichen Forderung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der ausdrücklichen Vorschrift am Schlusse der §. 1. des hier anwendbaren Gesetzes wegen Einführung einer kurzen Verjährungsfrist für gewisse Forderungen vom 23. Juli 1846 erst nach Ablauf der bewilligten Zahlungszeit zu laufen begonnen habe.

Konnte nun auch dieser Eid nicht, wie Kläger Bl. — eventuell verlangt, auf die Bl. — behauptete Uebereinstimmung der der Klage beigefügten Rechnung unter A. mit der dem Beklagten bei Uebersendung der mehrgedachten ersten Waarenpost zugestellten Factura gerichtet werden, weil die erwähnte Rechnung vom 4. Februar 1853 datirt ist, die Lieferung der fraglichen Waarenpost aber darnach am 27. September 1849 erfolgt sein soll, sonach aber auch die gleichzeitig mit der letzteren dem Beklagten übersendete Factura, wenn sie überhaupt mit einem Datum versehen war, von einem früheren Tage, als dem 4. Februar 1853 datirt und somit wenigstens zum Theil andern Inhalts, als die Rechnung Bl. — gewesen sein muß, so erschien es doch dem Inhalte der Klage ganz angemessen, den fraglichen Eid dem eventuellen Verlangen des Klägers Bl. — gemäß auf die Thatsachen zu beschränken, daß er bei Uebersendung der mehrberegten Waarenpost dem Beklagten eine Factura darüber beigefügt habe und auf der letzteren die Worte „sechs Monate Ziel" geschrieben gewesen seien.

Hierdurch erledigt sich die zweite Beschwerde des Klägers.

Dagegen hat man keine Veranlassung gefunden, die in dem Bescheide erster Instanz wegen der vom Kläger der Proceßkosten halber zu erlegenden Caution getroffenen Bestimmung auf die diesfallsige erste Beschwerde des Klägers zu ändern; denn wenn schon nach der Vorschrift in der Alten Proc.-Ordn. Tit. XIII. §. 3. die Bestellung der Caution durch einen Bürgen an sich nicht ausgeschlossen ist, so muß doch die Entscheidung darüber, ob es die durch den Bürgen angebotene Sicherheit für eine hinreichende

erachten wolle, in der Regel*) dem Ermeſſen des Proceßgerichts überlaſſen bleiben.

Da endlich, was des Klägers dritte Beſchwerde betrifft, nach Demjenigen, was am Schluſſe der dem mehrerwähnten Beſcheide beigegebenen Entſcheidungsgründe bemerkt zu befinden, ſich zur Zeit nur zwei Sachwalter am Orte des Proceßgerichts befinden, von denen der Eine dem Beklagten in der gegenwärtigen Proceßſache bedient iſt, und folglich nur ein Sachwalter übrig geweſen, welchen des Klägers Sachwalter zur Abwartung des Termins für Güte und Recht mit Nachvollmacht hätte verſehen können, zur ſogenannten copia advocatorum aber erfordert wird, daß der Partei wenigſtens zwiſchen zwei Sachwaltern, welchen ſie hätte ihre Vertretung übertragen können, die Wahl freiſtehe, ſo iſt der Anſpruch des Klägers auf Reſtitution der Bl. — liquidirten Reiſekoſten ſeines Sachwalters, vorausgeſetzt, daß es überhaupt zur Erſtattung der Koſten Seiten des Beklagten an den Kläger kommt, und, was die für das Fortkommen angeſetzte Verlagspoſt anlangt, ſelbige noch beſcheinigt wird, für begründet zu achten und dies in dem vorſtehenden Erkenntniſſe mit auszuſprechen geweſen.

Die Compenſation der Koſten des Rechtsmittels rechtfertigt ſich endlich durch die theilweiſe Abänderung des Beſcheides erſter Inſtanz von ſelbſt."

Auf die nunmehr vom Beklagten hiergegen eingewendete Berufung entſchied im Februar 1854 das Königl. Oberappellationsgericht:

„Daß des Beklagten fünfte Beſchwerde Bl. — für verſäumt zu achten, hiernächſt aber, die Hauptſache anlangend, es bei dem Bl. — befindlichen, am 19. September v. J. eröffneten Erkenntniſſe (zweiter Inſtanz) nicht durchgängig zu laſſen iſt, ſondern, würde vor allen Dingen Beklagter den ihm über den 2. 22. und 29. Einl.-Punkt Bl. — angetragenen Eid in der Maaße,

daß er die in der Rechnung Bl. — verzeichneten Waaren keineswegs in Empfang genommen habe,

ſchwören, ſo iſt er von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, Kläger auch ſolchenfalls die erwachſenen Proceßkoſten demſelben zu erſtatten verbunden, wogegen, wenn Beklagter dieſen Eid zu ſchwören nicht vermag, und Kläger noch die Bl. — in Verbindung mit Bl. — normirten referirten Eide, in denen erſterem jedoch die Worte Bl. — auf der 7. Zeile von oben „überſendet habe" wieder mit „geliefert habe" zu vertauſchen, leiſtet, es bei der in erſter Inſtanz Bl. — ausgeſprochenen, in zweiter Inſtanz Bl. — beſtätigten, zugleich für den Fall, wenn Kläger nur den erſten, nicht auch den zweiten Eid zu leiſten vermöchte, modificirten Verurtheilung, wiewohl unter der Bl. — beigefügten Erläuterung, ſein Bewenden hat. Die Koſten des eingewendeten Rechtsmittels werden unter den Parteien aufgehoben.

Entſcheidungsgründe. Des Beklagten, zugleich auch völlig unerhebliche, fünfte Beſchwerde Bl. — iſt nach §. 26. des Mandats vom 13. Mai 1822 als verſäumt zu betrachten geweſen, da ſie erſt nach Ablauf des decendii, in der Deductionsſchrift, aufgeſtellt, von dem Appellanten aber in der Appellationsſchedul Bl. — die Anführung weiterer Beſchwerden ſich nicht vorbehalten worden iſt. Dagegen iſt Klägers Behauptung in der Refutationsſchrift Bl. —, daß die ganze Appellation Beklagtens wegen der Geringfügigkeit des Gegenſtandes der Appellationsbeſchwerden unzuläſſig ſei, eine unrichtige; ſie beruht auf dem Irrthume, daß der erſte, von Klägerm Bl. — und Bl. — zu leiſtende Eid nur ein Object von 46 Thalern 20 Ngr. —- betreffe, während er doch das ganze, auf 57 Thaler ſich belaufende Proceßobject zum Gegenſtande hat, und nur, dafern Kläger zunächſt dieſen Eid leiſtet, überdies noch wegen eines darunter begriffenen Objects von 10 Thalern 10 Ngr. —- zu Ablehnung der Verjährung ein beſonderer Eid geleiſtet werden ſoll. Der Gegenſtand der namentlich gegen den erſtern Eid gerichteten Appellationsbeſchwerden iſt daher zugleich der des ganzen Proceſſes, und da bei einem Proceßobjecte von 57 Thalern gegen den reformatoriſchen Theil der zweiten Entſcheidung appellirt worden iſt, ſo iſt nach §. 18. des Geſetzes, die höheren Juſtizbehörden ꝛc. betr., vom 28. Januar 1835 das Rechtsmittel ohne Zweifel zuläſſig.

Anlangend nun den materiellen Inhalt deſſelben, ſo iſt

A. ad reformatoriam
zu grav. 2.

Folgendes zu bemerken: Der an die Spitze der vorigen Entſcheidungsgründe Bl. — geſtellte Satz, es erſtrecke ſich die Verbindlichkeit Desjenigen, bei

*) Dagegen verordnete daſſelbe Königl. Appellationsgericht im Februar 1854 in einem anderen Falle (Richter ./. Petermann), wo Kläger ſich erbot, den Koſtenvorſtand durch Anweiſung einer Hypothek von 700 Thalern zu leiſten, dieſe Beſtellungsweiſe aber vom Proceßgerichte und vom Beklagten wegen Unſicherheit der Hypothek zurückgewieſen wurde, die Annahme dieſer Cautionsbeſtellung „in Betracht, daß der Vorſtand der Unkoſten halber auch durch Pfand beſtellt werden kann", dafern Kläger die erklärte Anweiſung und rückſichtlich des für ihn verbleibenden Ueberreſtes der angewieſenen Forderung den Rücktritt in der Hypothek im Grund- und Hypothekenbuche eintragen laſſe. Anm. des Einſ.

welchem eine Waare bestellt, d. h. mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage zu deren Uebersendung an den Verlangenden gekauft wird, wenn Jener diesen Vertrag eingeht, in der Regel nicht weiter, als daß er die bestellte Waare entweder zu Händen des Käufers gelangen lasse, oder, dafern letzterer an einem anderen Orte wohnt, die Uebergabe derselben an eine dazu geeignete dritte Person behufs deren Uebermittelung an den Besteller bewirke, erscheint zwar ganz richtig, indessen gestaltet er sich in der Anwendung auf den vorliegenden Fall anders, als in voriger Instanz angenommen worden. Wenn nämlich in einem Falle der obigen Art der Verkäufer und Absender der Waare das Kaufgeld einklagt, so genügt es, mindestens bei einer Gewissensklage, welche hier vorliegt, nicht, daß er auf die bloße Thatsache der erfolgten Absendung der Waare Bezug nehme, sondern er muß entweder die Modalität dieser Absendung näher bezeichnen, oder er muß — was Kläger hier vorgezogen hat — auf den Empfang der Waare durch den Besteller sich stützen. Thäte er keins von beiden, so würde sich Beklagter, wenn er, wie hier, den Empfang der Waare nebst Rechnung leugnet, ganz außer Stande befinden, zu beurtheilen, wie Kläger dem übernommenen Auftrage wegen Zusendung der bestellten Waare genügt, und ob er denselben nicht in so unverantwortlicher Weise vollzogen habe, daß Beklagter dem hierunter Seiten Klägers begangenen groben Versehen gegenüber sich zu Bezahlung des Kaufpreises für nicht empfangene, vielmehr durch Klägers Schuld verloren gegangene Waaren unmöglich verstehen könnte. Wenn also Kläger hier, anstatt der von ihm benutzten Gelegenheit zu Uebersendung der Waaren Erwähnung zu thun, nur auf deren Lieferung sich bezogen hat, so war es unter solchen Verhältnissen keineswegs ein überflüssiger Zusatz, daß er des Empfanges der Waaren daneben gedachte; ein Umstand, auf den es allerdings dann nicht angekommen sein würde, wenn er die Art und Weise der Waarenübersendung in der Klage speciell angegeben und Beklagten dadurch in den Stand gesetzt hätte, über die Vollziehung des Auftrags sich ein Urtheil zu bilden und darnach seine Auslassungen im Processe einzurichten. Der die Empfangnahme der Waaren durch den Beklagten betreffende Passus in der Klage war daher im vorliegenden Falle ein sehr wesentlicher Theil derselben, und da über die Klage der Eid angetragen ist, so durfte er hiervon nicht ausgeschlossen werden. Dies führte jedoch nicht, wie Beklagter beantragt, zu Wiederherstellung des Bescheides der ersten Instanz, welcher Bescheid, da Beklagter den ihm angetragenen Eid in der Allgemeinheit zurückgegeben hat, Klägern über den Empfang der Waaren Seiten Beklagtens das relatum in der Glaubensform zuerkannt hat, vielmehr lebt nunmehr Klägers zweite Beschwerde gegen den Amtsbescheid Bl. — wieder auf, zu deren Unterstützung in der Deductionsschrift Bl. — mit Recht auf den bekanntlich in der Praxis

Biener, syst. proc. jud., Tom. I. §. 103.

recipirten Grundsatz, daß der Eid über ein factum referentis proprium nicht referirt werden könne, Beziehung genommen wird, und wobei gegen das Bl. — (im Amtsbescheide) Gesagte anzuführen ist, daß der Empfang der erkauften Waare nur, wenn solche inter praesentes aus einer Hand in die andere übergeht, als ein factum commune sich darstellt, wie denn auch, eben weil Kläger im vorliegenden Falle, wo es sich um die Uebersendung von Waaren von Magdeburg nach Th. handelt, gar nicht wissen kann, ob Beklagter die Waaren empfangen, für das zu leistende relatum in der ersten Instanz die Credulitätsform gewählt werden mußte. Sonach war, ungeachtet der Bl. — erfolgten Relation des angetragenen Eides, insoweit auf ein von Beklagtem zu leistendes delatum zu erkennen, dessen Leistung für die Entscheidung der Sache zu Beklagtens Gunsten präjudicirlich ist, dessen Nichtleistung aber erst dann, wenn solchenfalls Kläger auch noch das relatum schwört, zu Beklagtens Verurtheilung führt, weshalb die Leistung des delati an die Spitze zu stellen war.

Zu grav. 1.

Das der Klage Bl. — entsprechende Wort „geliefert" ist eben deshalb bei Förmelung des relati in der ersten Instanz beibehalten, in der zweiten jedoch, wie die Gründe Bl. — besagen, der größeren Deutlichkeit wegen in das Wort „übersendet" verwandelt worden. Da Beklagter, obwohl er Bl. — mit Recht zugiebt, daß der Sinn beider Worte im Grunde derselbe sei, hiergegen doch eine besondere Beschwerde gerichtet hat, da ferner Kläger Bl. — mit der Anwendung des von ihm in der Klage gebrauchten Wortes „geliefert" in der Eidesnotul sich wiederholt einverstanden erklärt hat, und da ein Mißverständniß durch dessen Gebrauch um so weniger wird herbeigeführt werden können, als es zu Leistung des relati überhaupt nur, wenn Beklagter das delatum zu leisten unterläßt, kommen kann, so hat man es für angemessen erachtet, das Wort „übersendet" wieder mit dem in der Klage gebrauchten „geliefert" zu vertauschen.

B. ad confirmatoriam.

Zu grav. 3.

Der in voriger Instanz wegen der copia advo-

catorum aufgestellte Grundsatz ist richtig und ebenso dessen Anwendung auf gegenwärtigen Fall. Zwar wendet Beklagter Bl. — ein, es seien zur Zeit der Klaganstellung, am 11. Februar 1853, beide Advocaten zu Th. noch für Klägern wählbar, mithin sei copia advocatorum vorhanden gewesen; allein mit Recht bemerkt Kläger Bl. —, daß es sich hier nur um die Reisekosten zu Abwartung des am 22. April 1853 gestandenen Termins zu Güte und Recht handle, und daß damals Klägern keine Wahl unter mehreren Advocaten in Th. freigestanden, da Bl. — schon den 27. Februar 1853 Beklagter den einen der vorhandenen zwei mit Vollmacht versehen hatte. Es war sonach das vorige Erkenntniß hierunter zu bestätigen.

Die Compensation der Appellationskosten bedarf, da theilweise reformirt worden, keiner speciellern Begründung."

---

## 57.

**Das in der sächsischen Gewerbeverfassung begründete Verbot der gleichzeitigen Unterhaltung zweier Gewerbslocale leidet keine Anwendung auf diejenigen Handwerksmeister, welche in dem einen Locale blos mit solchen Artikeln Handel treiben, die zwar in der Regel als ein Bestandtheil ihres Handwerkskrames anzusehen, nach der betreffenden Ortsverfassung aber freigegeben sind. — Der Handel mit geräucherten Fleischwaaren.**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. K. in L.

Am 17. August 1849 zeigte die Fleischerinnung zu L. bei dem Stadtrathe daselbst an, daß die Fleischermeister H. und K. nicht allein (außer in ihrer Behausung) in den Fleischbänken, sondern auch in besonderen Gewölben in der —straße mit Fleischwaaren feil hielten, und bat um Abstellung dieses gewerbspolizeilichen Ungebührnisses, wurde jedoch in Ermangelung eines von ihr nachgewiesenen besonderen Verbietungsrechts c. exp. abfällig beschieden.

Die Innung wendete hiergegen Recurs ein und führte zu dessen Rechtfertigung in der Hauptsache Folgendes an:

Wenn von jeher in Sachsen von den Obrigkeiten an dem Grundsatze festgehalten worden sei, daß keinem Meister zu verstatten sei, das Handwerk an zwei oder mehreren Orten zu betreiben, so habe das Königl. Ministerium des Innern zufolge der in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Bd. 6. S. 91.

mitgetheilten Entscheidung vom 5. September 1846 diesen Grundsatz noch ausdrücklich dahin modificirt,

> daß die gleichzeitige Unterhaltung verschiedener, in sich abgeschlossener und selbstständiger, mithin jedes für sich zum unmittelbaren Verkehre mit dem Publikum bestimmter und als solcher erkennbarer Gewerbsetablissements einem und demselben Handwerker nicht erlaubt sein solle,

und daß es bei diesem Grundsatze in diesem Sinne auch ferner zu bewenden habe.

Die nurgedachten Voraussetzungen seien aber bei den in sich abgeschlossenen, selbstständigen, auch durch Firma und Aushängen von Fleischwaaren erkennbaren Verkaufsläden der Denunciaten vorhanden. Stehe nun schon so viel fest, daß der gedachte, allgemein gültige, gewerbrechtliche Grundsatz hier Platz zu ergreifen habe, so träten rücksichtlich des Fleischergewerbes noch besondere Momente hinzu, welche das Feilhalten mit Fleischwaaren in der gerügten Maaße verböten.

Es erheischten nämlich die an den Handel mit Fleischwaaren sich knüpfenden vielfachen gesundheits- und marktpolizeilichen Rücksichten eine strenge obrigkeitliche Ueberwachung, und es enthielten hierüber Art. III. und IV. der L.'r Marktordnung vom Jahre 1726 die erforderlichen Bestimmungen, weshalb es denn auch in den Specialartikeln der Fleischerinnung zu L. noch eines besonderen Verbotes des Handels mit Fleischwaaren in verschiedenen Localen nicht erst noch bedurft habe.

Es werde aber die obrigkeitliche Ueberwachung wesentlich erleichtert, ja sogar nur dann zu ermöglichen sein, wenn sich die Meister bei ihrem Handel auf die ihnen dazu angewiesenen Fleischbänke beschränkten. —

Die auf diesen Recurs erlassene Verordnung der Königl. Kreisdirection vom 12. November 1849 lautet folgender Maaßen:

„Die Königl. Kreisdirection hat auf den von dem Stadtrathe zu L. über die Beschwerde der dasigen Fleischerinnung gegen die beiden Fleischermeister K. und H. hinsichtlich des Haltens besonderer Fleischwaarenverkaufsgewölbe neben ihren Ständen in den Fleischbänken unterm 31. August v. J. erstatteten Bericht den Recurs allerdings für begründet erachtet, welcher nach Bl. — der wieder zurückfolgenden Acten Seiten der gedachten Innung gegen die Bl. — actor. ersichtliche, ihren Antrag auf Schließung der erwähnten Verkaufsgewölbe K.'s und H.'s zurückweisende Resolution des genannten Stadtraths eingewendet worden ist.

Denn da der Handel mit geräucherten Fleischwaaren, welche der Anzeige nach vorzugsweise in den fraglichen beiden Gewölben zum Verkauf ausgestellt sind, mit zum Handwerkskrame der Mitglieder der Fleischerinnung gehört, die Haltung mehrerer Verkaufslocale für den Betrieb dieses Krames aber eben so den bestehenden innungspolizeilichen Grundsätzen entgegenläuft, als dies in Rücksicht des gleichzeitigen Haltens verschiedener offener Werkstätten von Seiten eines und desselben zünftigen Gewerbtreibenden wiederholt schon anerkannt worden ist, so machen sich die vorgenannten beiden Mitglieder der hiesigen Fleischerinnung durch die neben ihren Ständen in den Fleischbänken unternommene Eröffnung besonderer Verkaufsgewölbe für geräucherte Fleischwaaren einer handwerkspolizeilichen Ordnungswidrigkeit und Ueberschreitung schuldig, zu deren Anzeige Behufs ihrer Abstellung die Vorstände der Fleischerinnung nicht nur befugt, sondern selbst verpflichtet gewesen sind.

An den Stadtrath zu L. ergeht daher hierdurch Verordnung, den Fleischermeistern K. und H. die fernere Beibehaltung der von ihnen neben ihren Ständen in den Fleischbänken eingerichteten besonderen Fleischwaarenverkaufsgewölbe zu untersagen und deren Schließung aufzugeben, dieselben auch zur Bezahlung der sämmtlichen, in dieser handwerkspolizeilichen Angelegenheit erwachsenen gerichtlichen Kosten anzuhalten, die Innung aber, deren Eingangs erwähnter Recurs hierdurch Erledigung findet, von gegenwärtiger Verfügung in Kenntniß zu setzen."

Die Denunciaten H. und K. wendeten hiergegen Recurs ein, worauf das Königl. Ministerium des Innern folgende reformatorische Entscheidung vom 8. Februar 1850 ertheilte:

„Das Ministerium hat zwar der Kreisdirection darin beizupflichten, daß der Handel mit geräucherten Fleischwaaren in der Regel als ein Bestandtheil der Fleischerprofession anzusehen sei, allein dieser Grundsatz kann da nicht für maaßgebend erachtet werden, wo dieser Handel auf Grund der localen Gewerbeverfassung als ein freies Gewerbe betrieben wird und darum an die zünftige Erlernung der Fleischerprofession und die Gewinnung des Meisterrechts nicht gebunden ist.

Von dem Stadtrathe zu L. ist nun das Anführen der Recurrenten Bl. —, daß sothaner Handel nach der Ortsverfassung nicht zum Handwerkskrame der Fleischer gehöre, sondern als ein freies Gewerbe jedem Bürger, selbst ohne daß es dazu der obrigkeitlichen Erlaubniß bedürfe, unbedingt frei stehe, ausdrücklich bestätigt worden. In der Unabhängigkeit dieses Gewerbes vom Innungsverhältnisse liegt es daher, daß die allgemeinen innungspolizeilichen Grundsätze, denen die Mitglieder der Fleischerinnung zu L. in Bezug auf die zünftige Ausübung der Fleischerprofession unterworfen sind, auf diejenigen Innungsverwandten daselbst, welche neben der Fleischerprofession noch den Handel mit geräucherten Fleischwaaren betreiben, keine Anwendung leiden kann. Da nun der Grundsatz der L.'r Localverfassung, daß es Gewerbtreibenden nicht gestattet ist, gleichzeitig mehrere Verkaufslocale zu halten, der Natur der Sache nach nur auf Locale sich bezieht, die für dasselbe Gewerbe bestimmt sind, und daher auf den Fall, wo ein Zunftgenosse neben seinem zünftigen Gewerbe noch ein freies, dem Zunftverhältnisse nicht unterliegendes Nebengewerbe treibt und die Erzeugnisse des letzteren in einem besondern Verkaufslocale feil bietet, nicht ausgedehnt werden kann, übrigens aber der keineswegs in der allgemeinen Gewerbeverfassung beruhende, sondern nur nach der Localverfassung an einzelnen Orten geltende Grundsatz, daß ein zünftiger Gewerbtreibender auch nicht einmal ein unzünftiges Gewerbe nebenbei treiben darf, in L. nicht besteht, so befindet das Ministerium des Innern demnach, daß die beiden Fleischermeister K. und H. an dem Verkaufe geräucherter Fleischwaaren in ihren besonders und ausschließend dafür eingerichteten Verkaufslocalen nicht zu behindern sind, denselben auch die Bezahlung der sämmtlichen in dieser Angelegenheit erwachsenen Kosten nicht anzusinnen, vielmehr sind letztere nur zur Hälfte von ihnen, zur andern Hälfte aber von der Fleischerinnung zu L. zu übertragen."

## Miscellen.

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der Bürgermeister, Stadtrichter, auch Advocat Carl Eduard Mannsfeld in Neustädtel ist als Verwalter sowohl der Gerichte zu Klösterlein mit Zelle als der zu Albernau angestellt worden.

Der Advocat August Russini in Königsbrück ist als Justitiar der Gerichte zu Grüngräbchen eingewiesen worden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Offizin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 31.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 58.

**Die Haftungsverbindlichkeit der Eisenbahnverwaltungen ist hinsichtlich des Transportes auf ihrer eignen Strecke nach den Grundsätzen des Frachtvertrags, dagegen in Betreff der Weiterbeförderung durch die Anschlußbahnen nur nach den Grundsätzen des Speditionsvertrags zu beurtheilen.**

Mitgetheilt von

Herrn Dr. H. in L.

Kläger reichte bei dem Stadtgericht zu L. gegen die Directoren der Magdeburg-Leipziger Eisenbahncompagnie folgende Klage ein:

Kläger habe als Institor eines in L. befindlichen Waarenlagers am 21. October 1850 durch die dazu von ihm beauftragten Herren F. & S. den Beklagten einen Waarenballen, im speciell angegebenen Werthe von 287 Thlrn. 15 Ngr., sign. A. L. ## 55., behufs der Beförderung an Herrn P. in Frankfurt a. O. übergeben. Beklagte hätten diesen Auftrag durch ihren Gütererpedienten an- und den Ballen in Empfang genommen, aber bis jetzt denselben noch nicht an die aufgegebene Adresse abgeliefert.

Kläger habe hierauf den Herren F. & S. 55 Thlr. 6 Ngr. Eingangszoll restituirt, den diese, weil die unter Steuerverschluß mittelst Begleitscheines versandte Waare wegen der unterlassenen Ablieferung Seiten Beklagter nicht zur schließlichen Abfertigung gestellt werden konnte, an das Hauptsteueramt Leipzig hätten bezahlen müssen, und hätten daher, incl. 5 Thlr. 15 Ngr. —- Kosten und Spesen, einen Verlust von 348 Thlrn. 6 Ngr. —- erlitten.

Er bitte daher, indem er durchgehends über die Klage den Eid antrage, dahin zu erkennen:

daß Beklagte den qu. Ballen sign. A. L. ## 55. nebst gedachten Waaren dem Kläger gegen Vergütung der Transportkosten von Leipzig bis Frankfurt a. O. zu liefern, demselben auch die Schäden der bisherigen Nichtablieferung im Allgemeinen, insbesondere die verlegte Steuer von 55 Thlrn. 6 Ngr. —- zu erstatten, resp. für den Fall, daß Beklagte das qu. Collo zu liefern nicht im Stande, einen Schadenersatz von mindestens 348 Thlrn. 6 Ngr. —- abzüglich der Fracht von Leipzig bis Frankfurt a. O. sammt den Verzugszinsen vom Reste, vom 10. December 1850 an gerechnet, an Klägern zu zahlen, auch die Kosten dieses Processes zu erstatten schuldig.

Beklagte gestanden darauf in der Einlassung zu, daß die Herren F. & S. am 21. October 1850 den Beklagten einen A. L. ## 55. signirten und 1 Cntr. 94 Pfd. wiegenden Ballen behufs der Beförderung an Herrn P. in Frankfurt a. O. übergeben, sowie, daß Beklagte durch ihren Gütererpedienten zu L. den Ballen in Empfang genommen hätten, daß der Ballen aber bis jetzt an die aufgegebene Adresse nicht abgeliefert worden sei.

Der Einlassung schickten jedoch Beklagte voraus: daß sie einzig und allein für den Transport auf ihrer Bahnstrecke verantwortlich seien; sie hätten daher keine andere Verpflichtung, als den qu. Ballen nach **Cöthen** an die Anschlußbahn zu befördern und dieser zur Weiterbeförderung zu übergeben. Dies sei auch von den Beklagten geschehen und sie damit ganz ex nexu getreten.

Das Stadtgericht zu L. gab hierauf folgenden Bescheid:

„Dieweil Beklagte nach ihren Geständnissen bei dem 3ten, 10ten und 12ten Einlassungspunkt einen A. L. ℔. 55. signirten und 1 Cntr. 94 Pfd. wiegenden Ballen am 21. October 1850 von F. & S. hier behufs der Beförderung an W. P. in Frankfurt a. O. übergeben erhalten, durch ihren Güterexpedienten laut der Klagbeifuge D. in Empfang genommen, aber an die aufgegebene Adresse nicht abgeliefert haben, von ihnen auch nicht bestritten worden ist, daß Kläger, wenn er nachweist, daß er als Verwalter des Waarenlagers Heinrich D. H.'s in L. jenen Ballen den genannten F. & S. mit dem Auftrage, ihn weiter an sie, Beklagte, zu dem angegebenen Behufe gelangen zu lassen, auch befugt sei, die Rückgabe des Ballens gegen Vergütung der Transportkosten von Leipzig bis Frankfurt a. O. zurückzufordern, weil die Ablieferung noch nicht erfolgt ist, im Uebrigen dafür, daß F. & S. nicht für sich, sondern als Beauftragte Klägers den Ballen an Beklagte zur Weiterbeförderung abgeliefert und in dieser Eigenschaft den Frachtcontract mit demselben abgeschlossen haben, nächst dem Besitze der Quittung des hiesigen Hauptsteueramts über 55 Thlr. 6 Ngr. —₰ bezahlten Eingangszoll, welche Kläger seiner Klage sub C. fol. — beigefügt hat, auch der Umstand spricht, daß, wie bei Gericht bekannt, F. & S. die Spedition fremder Güter zu ihrem Hauptgeschäfte machen, und Spediteure in der Regel die Frachtbriefe im eigenen Namen und ohne nähere Bezeichnung ihrer Committenten oder der Eigenthümer der Güter ausfertigen, weiter, soviel das fol. — sq. unter 1. und 2. zu lesende exceptivische Vorbringen anlangt, die Behauptung unter 1., daß der Frachtcontract erfüllt worden, weil der Ballen bis Cöthen transportirt worden sei, in den gedachten Zugeständnissen ihre Widerlegung findet, indem nach diesen der Ballen nicht blos bis Cöthen, sondern bis Frankfurt a. O. zu transportiren, und am letzten Orte abzuliefern gewesen ist, und die von den Beklagten durch den Abschluß des Frachtcontracts übernommene Verbindlichkeit zu dieser Ablieferung dem Absender oder Klägern gegenüber dadurch nicht hat aufgehoben werden können, daß sie, Beklagte, den Weitertransport des Ballen von Cöthen aus anderen Eisenbahnverwaltungen überlassen haben, immaaßen Absender hierbei nicht concurrirt, mit diesen Eisenbahnverwaltungen in keinen Contractsverhältnissen gestanden, und sie, Beklagte, allein für die Mittel des Transportes zu sorgen hatten, endlich das Anführen Bl. —, der Ballen sei auf eine bis jetzt noch nicht ermittelte Weise auf der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn abhanden gekommen, und die deshalb eventuell vorgeschützte Ausflucht der Zuvielforderung nicht zu berücksichtigen sind, da jenes die Möglichkeit nicht ausschließt, daß der Ballen wiedererlangt werde, die Frage aber, wieviel Beklagte Klägern als Entschädigung zu gewähren haben, wenn sie den Ballen nicht zurückliefern, jetzt noch nicht vorliegt, und dem künftigen Executionsverfahren angehört, für welches die angezogene Bestimmung in §. 55. des Betriebsreglements der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn bei Bemessung des Schadens schon deshalb nicht zur Richtschnur dienen kann, weil sie blos auf die Quantificirung von Schäden, nicht aber auf die Verbindlichkeit der Gesellschaft, für die zum Transport erhaltenen Güter zu haften, sich bezieht, und die Grundsätze, nach welchen die Verbindlichkeiten des Frachtführers zu beurtheilen sind, nicht abändert; so sind Beklagte den mehrerwähnten Ballen Klägern gegen Vergütung der Kosten des Transportes auf der Strecke von Leipzig bis Frankfurt a. O. zurückzuliefern, demselben die durch die Unterlassung der Ablieferung des Ballens an die bezeichnete Adresse in Frankfurt a. O. entstandenen erweislichen Schäden, zu welchen jedoch für den Fall, daß der Ballen zurückgeliefert wird, die verlegte Steuer von 55 Thlrn. 6 Ngr. —₰, da diese auf dem Gute haftet, nicht zu rechnen ist, zu ersetzen und die verursachten Proceßkosten zu erstatten schuldig, sie könnten und würden denn den angetragenen, in Ermangelung einer Erklärung für angenommen zu achtenden Eid über den mit nesciendo beantworteten 1sten, 2ten und 4ten Einlassungspunkt, und zwar nach ihrer Wahl

über den ersten in der Maaße:

daß Kläger das in Leipzig befindliche Waarenlager Heinrich D. H.'s in L. nicht als Institor verwalte,

oder über den zweiten dahin:

daß Kläger den in der Klage näher beschriebenen Ballen an F. & S. nicht übergeben,

oder über den vierten:

daß Kläger F. & S. in Leipzig nicht beauftragt habe, den in der Klage erwähnten Ballen ihnen, den Beklagten, zur Beförderung an W. P. in Frankfurt a. O. zu übergeben,

jedoch nur nach Wissen, Glauben und Dafürhalten schwören, solchenfalls sind sie in Betracht, daß Kläger eines Theils in einer bestimmten Eigenschaft die Uebergabe des Ballens bewirkt und den Auftrag ertheilt haben will, auch eventuell einen Entschädigungsanspruch aus einem Handel ableitet, den er in dieser Eigenschaft abgeschlossen zu haben behauptet, andern Theils die Rückgabe des Ballens in Folge einer von ihm an F. & S. bewirkten Uebergabe und

eines denſelben ertheilten Auftrags verlangt, von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, und iſt ihnen Kläger in dieſem Falle die verurſachten Proceßkoſten zu erſtatten gehalten.

Für den Fall aber, daß Beklagte einen der gedachten Eide nicht leiſten, auch den Ballen nicht zurückliefern, ergeht wegen der abgeleugneten Punkte der Klage, welche den Inhalt und den Werth des Ballens, resp. den Kaufpreis, die Speſen und die Steuer betreffen, ſowie wegen des darüber angetragenen Eides weiter, was Recht iſt."

Gegen dieſen Beſcheid wendeten Beklagte das Rechtsmittel der Appellation ein, worauf das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig folgendes reformatoriſche Erkenntniß ertheilte:

„Dieweil hiernächſt, die Hauptſache anlangend, wie aus der Natur der Eiſenbahnverkehrsverhältniſſe folgt, und von dem Königl. Appellationsgerichte bereits früher, namentlich auch in der ſol. — angezogenen Rechtsſache der jetzigen Beklagten, als damaliger Kläger, gegen Karl und Guſtav H., als Beklagte, ausgeſprochen worden, in dem Falle, wo einer Eiſenbahnverwaltung Güter zur Beförderung nach einem Orte, welche nicht an deren Strecke, ſondern an der einer Anſchlußbahn gelegen iſt, übergeben werden, die Haftungsverbindlichkeit der erſteren im Zweifel nur hinſichtlich des Transportes auf ihrer eigenen Strecke nach den Grundſätzen des Frachtvertrages, dagegen im Betreff der Weiterbeförderung durch die Anſchlußbahnen nur nach den Grundſätzen des Speditionsvertrages zu beurtheilen iſt, dergeſtalt, daß die erſte Bahn dem Abſender nicht weiter verantwortlich erſcheint, wenn ſie der betreffenden Anſchlußbahn das zu befördernde Gut richtig, d. h. theils in äußerlich unverletztem Zuſtande, theils ſo, wie ſolches von einem Spediteur zu bewirken geweſen, um die Weiterbeförderung zu ſichern, überliefert hat, und nun in dem vorliegenden Falle von den Beklagten der Grund der Klage, abgeſehen von den Bl. —ausgehobenen, und einigen anderen auf den Werth des Frachtſtückes und die durch deſſen Abhandenkommen dem Kläger zugezogenen Schäden bezüglichen Punkten, bei den Bl. — bezeichneten Einlaſſungsabſchnitten in dem Hauptwerke eingeräumt, daneben aber Bl. — Erfüllung des Vertrags in dem vorentwickelten Sinne excipirt worden,

ſomit die in erſter Inſtanz ausgeſprochene Verurtheilung der Beklagten nicht gerechtfertigt erſcheint, vielmehr zunächſt auf Beweis der nurgedachten Ausflucht zu interloquiren, und ſodann zugleich der Definitive die Beurtheilung der Frage, inwiefern es eines der Bl. — erkannten oder anderen Eide über verneinte Abſchnitte der Klage bedarf, zu überlaſſen,

ſo iſt es bei dem Bl. — befindlichen, am 14. October 1852 publicirten Beſcheide auf die eingewendete Berufung allenthalben nicht zu laſſen, vielmehr ſind Beklagte die vorbezeichnete Ausflucht binnen ſächſiſcher Friſt, dem Kläger den Gegenbeweis, beiden Theilen den Eidesantrag und anderer Rechtscompetenz vorbehältlich, wie Recht zu erweiſen ſchuldig, worauf in der Hauptſache, ſowohl des bei einzelnen verneinten Theilen der Klage gebrauchten Eidesantrags, ingleichen der Koſten erſter Inſtanz halber, ferner ergeht, was Recht iſt, und werden die Koſten des Rechtsmittels ſchon um deswillen, weil reformatoriſch zu erkennen geweſen, zwiſchen den Parteien compenſirt."

Bei dieſer Entſcheidung verblieb es ungeachtet einer von dem Kläger hiergegen ergriffenen Berufung zu Folge eines Erkenntniſſes des Königl. Oberappellationsgerichts vom Jahre 1853, welchem folgende Gründe untergelegt waren:

„Daß derjenige Ballen, welchen betreffend ſol. — sq. Kläger, als deſſen angeblicher Abſender, die Beklagten, die Directoren der Magdeburg-Leipziger Eiſenbahn, unter Eidesantrag als erſatzpflichtig in Anſpruch genommen hat, iſt am 21. October 1850 zu gedachter Eiſenbahn von F. & S. aufgegeben worden, zur Beförderung nach Frankfurt a. O., jedoch nicht abgeliefert an die Adreſſe, darüber ſind (Abſchnitt — ſol. —) die Parteien einverſtanden, ingleichen ſol. — darüber, daß in L. nach Frankfurt a. O. zur — — Eiſenbahn aufgegebenes Gut, um auf der Eiſenbahn den Ort der Beſtimmung zu erreichen, muß in Cöthen der Berlin-Anhaltiſchen Eiſenbahnverwaltung und von ſelbiger in Berlin der Niederſchleſiſch-Märkiſchen Bahn zur Weiterbeförderung übergeben werden.

Hiergegen haben Beklagte weder die libellirte Berechnung des Verluſtes, noch auch, daß derſelbe Klägern treffe, zugeſtanden und ſol. — als Exception vorgeſchützt, daß ihrerſeits das libellirte Gut richtig und rechtzeitig nach Cöthen befördert und zur Weiterbeförderung daſelbſt der betreffenden Anſchlußbahn ſei übergeben worden, auf welcher letzteren, nach Beklagter Anführen ſol. —, der fragliche Ballen noch zur Zeit unermittelter Weiſe abhanden gekommen iſt. Hierauf hat der Beſcheid ſol. — sq., ausgehend von der Anſicht, mit der abhanden gekommenen Ballenübernahme zur Beförderung nach Frankfurt a. O. ſei vom Beklagten auch die Verbindlichkeit übernommen worden, dem Verſender für die Ballenablieferung an die Adreſſe einzuſtehen, Beklagten interlocutoriſch nachgelaſſen, einen oder den anderen der ſol. — formulirten Eide zu ſchwören, um zunächſt zu conſtatiren, ob Kläger derjenige

ſei, der vom Verluſte betroffen werde, wogegen auf die vom Beklagten eingewendete Appellation ſol. — das Urthel zweiter Inſtanz (cf. ſol. —) auf Beweis der obgedachten Ausflucht erkannt, und die hiergegen ſol. — vom Kläger eingewendete Appellation ſich bei nochmaliger Erwägung des factiſchen Standes der Sache nicht als rechtlich begründet dargeſtellt hat; dies um deswillen, weil die Spediteure, welche nach Abſchnitt 3. ſol. — den ſtreitigen Ballen bei der Magdeburg-Leipziger Eiſenbahn zur Beförderung nach Frankfurt a. O. abgegeben haben, entweder wußten oder doch hätten wiſſen ſollen, daß der Ballen, um nach Frankfurt a. O. zu gelangen, zuerſt von Cöthen, dann in Berlin an eine andere Bahn abzugeben ſei, ſie ſich alſo durch die Aufgabe zur M.-L—r Bahn thatſächlich mit dieſer Modalität der Beförderung einverſtanden erklärten, und alſo auch thatſächlich die Beklagten eben nur dazu anwieſen und beauftragten, zu ſorgen, daß die Verſendung in nurbemerkter Weiſe erfolge; welchergeſtalt denn Beklagte das ihnen ertheilte Mandat vollſtändig ausgeführt haben, dafern ſie den mehrerwähnten Ballen nach Cöthen befördert und ihn daſelbſt der betreffenden Anſchlußbahn zur Weiterbeförderung übergeben haben, ſomit aber, unter nurgedachter Vorausſetzung, auch für keine der Folgen einzuſtehen haben, welche für den Verſender durch den verfehlten Erfolg des den Beklagten von gedachten Spediteuren ertheilten Mandats ſind herbeigeführt worden."

---

## 59.

**Der Beſitzer eines mit Patrimonialgerichtsbarkeit verſehenen Rittergutes kann ſich gültiger Weiſe der Zuſtändigkeit dieſes Patrimonialgerichtes unterwerfen. — Perhorreſcenz des betreffenden Gerichtsverwalters führt nur zur Beſtellung eines Specialjuſtitiars.**

Mitgetheilt von
Herrn R. K. in L.

C. H. hatte ſein Rittergut O. bei Leipzig an G. v. H. verpachtet und dieſem im Pachtcontracte unter Anderem verſprochen, ſobald er es verlange, auf dem zum Rittergute O. gehörigen Neulande auf ſeine, C. H.'s, Koſten einen Schafſtall aufzuführen. — G. v. H. verlangte den Bau des Schafſtalles, erbot ſich auch, die dazu vertragsmäßig ihm obliegenden Fuhren zu gewähren, und ſtellte, da C. H. gleichwohl den Bau nicht vornahm, vor dem Kreisamte zu Leipzig auf Grund des Pachtvertrags Executionsklage an, mit der Bitte:

dem Beklagten aufzuerlegen, daß er binnen geſetzlicher Friſt auf dem zum Rittergute O. gehörigen Neulande auf ſeine Koſten, gegen Leiſtung der dazu nöthigen Fuhren von Seiten des Klägers, einen Schafſtall aufführe, unter der Verwarnung, daß widrigen Falls ſolcher Bau von Gerichtswegen auf ſeine Koſten ausgeführt werde, und bei Vermeidung der Hülfsvollſtreckung die Koſten erſtatte.

Das Kreisamt eröffnete dem Kläger, daß es bedenklich falle, in der gebetenen Maaße gegen den Beklagten zu verfügen, vielmehr zunächſt die Androhung einer angemeſſenen Geldſtrafe nach §. 71. des Geſetzes vom 28. Februar 1838 zu erlaſſen ſein würde, daß auch die Ausführung des Baues durch das Proceßgericht unter diejenigen Geſchäfte zu rechnen ſei, welche nach demſelben Geſetzparagraphe sub c. wegen ihrer Schwierigkeit und Umfänglichkeit abgelehnt werden dürften; — und legte demgemäß Beklagtem mittelſt Reſolution vom 19. Auguſt 1852 auf, den fraglichen Schafſtall binnen ſächſiſcher Friſt bei Vermeidung von 50 Thlrn. —- —- Strafe auf ſeine Koſten aufzuführen.

Beklagter trat gegen dieſe Auflage mit der exceptio fori incompetentis auf, indem er ſich auf §. 15. des gegenſeitigen, der Klage untergelegten Pachtcontractes bezog, wornach die Contrahenten

> ſich in allen aus dieſem Contracte nahe oder entfernt herzuleitenden Rechtsverhältniſſen dem Patrimonialgerichte des Rittergutes O. als forum contractus unterwerfen, und namentlich Abpachter Pachtanſprüche gegen den Verpachter nur vor dem genannten Gerichte geltend machen kann.

In deſſen Folge machte das Kreisamt dem Kläger bekannt, daß, da die Richtigkeit jener Exception durch dieſelbe Urkunde, auf welche ſeine Klage gegründet ſei, beſtätigt werde und eine prorogatio fori bei dem Widerſpruch des Gegners nicht Platz ergreifen könne, ſeinem Suchen nicht weiter Statt zu geben, vielmehr das an C. H. unterm 19. Auguſt 1852 erlaſſene Injunct wieder aufzuheben ſei, und er, Kläger, die bisher erwachſenen Koſten abzuſtatten habe.

Hiergegen appellirte Kläger und führte namentlich an, die Competenz des Kreisamtes in vorliegendem Falle folge ſchon daraus, daß der Patrimonialgerichtsherr vor ſeinen eigenen Gerichten nicht belangt werden könne, außer in Provocations- und Reconventionsproceſſen.

Leyser, med. ad Pand., Spec. 68. med. 2.
Bergeri Supplementa ad Electa discept. for., P. II. p. 44.
Glück, Pand., Bd. 4. S. 79. §. 192.

Osterloh, ordentl. bürgerl. Proceß, Bd. 1. §. 149. S. 227. (ed. 3.)

Ferner reiche zur prorogatio fori der bloße Vertrag nicht aus, so lange nicht der incompetente Richter, auf welchen prorogirt werden solle, thatsächlich bereits angegangen worden.

l. 18. D. de jurisdict. (2. 1.)

Glück, l. l. Bd. 3. §. 203. S. 174 flg.

Osterloh, l. l. Bd. 1. §. 132. not. 4. S. 185. (ed. 3.)

Außerdem sei — laut eines beigefügten Briefes — der Gerichtsdirector von O., und zwar als solcher, zugleich Verwalter des Vermögens von C. H. und daher Kläger zur Recusation desselben, als Richters, berechtigt, von welchem Rechte er auch wirklich Gebrauch mache.

Uebrigens habe er den Pachtcontract seiner Klage ganz und nicht im Auszug beigelegt, so daß die fragliche Vereinbarung des §. 15. zur Kenntniß des Kreisamtes gebracht worden sei; da dasselbe trotzdem auf die Klage ausgefertigt, so seien die Kosten nicht ihm aufzuerlegen, sondern Amtswegen zu übertragen.

Durch die unterm 13. December 1852 den Parteien in vim publicati zugefertigte Verordnung des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig ward jedoch das Rechtsmittel Klägers, unter Verurtheilung desselben in die Kosten, verworfen, „in Betracht, daß eine Prorogation des Gerichtsstandes nur dann ausgeschlossen erscheint, wenn entweder ein ausdrückliches Verbot, einem anderen, als dem ordentlichen Richter, sich zu unterwerfen, vorhanden, oder dem Richter, welcher durch Prorogation die Stelle des competenten Gerichtes einnehmen soll, diejenige Gerichtsbarkeit, welche für gewisse Rechtssachen einer bestimmten Behörde zugestanden worden ist, wie solches z. B. in Ehesachen der Fall, überhaupt nicht zusteht, keiner dieser Ausnahmefälle jedoch gegenwärtig vorliegt, und an der Berechtigung des Beklagten zu der Prorogation des Forum um so weniger gezweifelt werden mag, als es lediglich als ein Privilegium anzusehen, daß der Gerichtsherr vor seinen eigenen Gerichten nicht Recht zu leiden hat, auf ein jedes Privilegium aber in gültiger Weise verzichtet werden kann, um dem zu Folge für die vorliegende Klage die Bestimmung in §. 15. des zwischen den Parteien abgeschlossenen Pachtvertrages, da der erhobene Anspruch aus solchem direct herrührt, als maaßgebend zu betrachten; hiernächst es dem Bl. — angebrachten Perhorrescenzgesuche an der erforderlichen Begründung gebricht, wenn man erwägt, daß eine solche Maaßregel allezeit voraussetzt, daß der Richter zu einer der Parteien in einem solchen persönlichen Verhältnisse stehe, welche ihn unfähig macht, Richter zwischen derselben und der Gegenpartei zu sein, gleichwohl ein derartiges Verhältniß daraus, daß der Verwalter der Gerichte zu O., Advocat Dr. R., besage des von dem Kläger eingereichten Privatbriefes desselben vom 1. October 1851 sich der Ordnung der Vermögensangelegenheiten des Beklagten, seines Gerichtsprincipales, unterzogen, nicht zu entnehmen, und ein Nachtheil für die Leitung des Processes durch den Dr. R. aus diesem Verhältnisse um so weniger zu besorgen steht, als eines Theiles dem Kläger gegen ein etwa ungehöriges Verfahren des proceßleitenden Richters die zuständigen Rechtsmittel jederzeit offen stehen, anderen Theiles eintretenden Falles der Verwalter der Gerichte zu O. nach Vorschrift der Erl. Proceßordnung ad Tit. II. §. 3. in dem gegenwärtigen Processe der eigenen Entscheidung sich zu enthalten haben würde, endlich Kläger durch die ihm angesonnene Abstattung und Tragung der sämmtlichen bisher erwachsenen Kosten sich nicht für beschwert erachten kann, immaaßen das Kreisamt allerdings abzuwarten hatte, ob der Beklagte von dem prorogirten Forum seinerseits ebenfalls absehen wolle."

Die anderweit eingewendete Berufung Klägers ward durch die unterm 4. März 1853 den Parteien in vim publicati zugefertigte Verordnung des Königl. Oberappellationsgerichts ebenfalls verworfen und Kläger in die Kosten des Rechtsmittels verurtheilt.

Entscheidungsgründe.

„Auch bei nochmaliger Erwägung aller von Klägerm vorgebrachten Einwendungen hat Man der in zweiter Instanz bestätigten Resolution Bl. —,

daß die von Beklagtem vorgebrachte Einrede der Unzuständigkeit des von Klägerm gewählten Proceßgerichts zu beachten sei,

nur beipflichten können.

Wenn Man auch die Bestimmung des Gesetzes sub C. vom 28. Januar 1835. §. 11. No. 2. nicht aus dem Gesichtspunkte eines den Besitzern von mit eigener Gerichtsbarkeit versehenen Grundstücken ertheilten Privilegium auffassen, sondern annehmen wollte, daß die Exemtion lediglich im Interesse einer unparteiischen Rechtspflege und derjenigen Personen ertheilt sei, welche einen Grundstücksbesitzer der bezeichneten Art in rechtlichen Anspruch zu nehmen haben, so würde doch hieraus die Ungültigkeit eines Vertrages, nach welchem gewisse Ansprüche an einen Patrimonialgerichtsherrn vor dessen eigenem Patrimonialgerichte geltend gemacht werden sollen, keineswegs folgen. Die Nullität eines solchen Vertrages

ist weder irgendwo gesetzlich ausgesprochen, noch aus der Natur der Sache abzuleiten. Vielmehr treten die in zweiter Instanz Bl. — ganz richtig angegebenen Grundsätze über die Zulässigkeit einer freiwilligen Prorogation des Gerichtsstandes auch hier zweifellos ein, und es ist in der Sache ganz gleichgültig, ob Man in dem fraglichen Vertrage eine Verzichtleistung nur des Beklagten, oder auch des Klägers finden will.

Ebenso kann von jeder Erörterung über den Sinn der von Klägerm geltend gemachten l. 18. D. de jurisdict. abgesehen werden. Denn sollte auch dort durch die Worte: „mutata voluntas" eine einseitige Willensänderung bezeichnet werden, so würde doch dann jener Stelle die Anwendbarkeit nach heutigem Rechte, nach welchem jeder gesetzlich statthafte Vertrag unter den Paciscenten gültig und rechtsverbindlich ist, abgesprochen werden müssen.

Die Unzulässigkeit der von Klägerm versuchten Interpretation des §. 15. des Pachtcontractes Bl. — wird ferner durch den zweiten Satz desselben, welcher also lautet:

> Namentlich kann Abpachter (Kläger) Pachtansprüche gegen den Verpachter nur vor dem genannten Gerichte geltend machen,

zweifellos ausgesprochen. Hierdurch hat sich Kläger ganz offenbar vertragsweise verpflichtet, Klagen auf Erfüllung der von Beklagtem, als Verpachtern, übernommenen Verbindlichkeiten lediglich vor dem compromissarisch als competent anerkannten Gerichte zu O., und vor keiner anderen Behörde, anzustellen.

Weniger hat Man sich mit den Gründen einverstehen können, aus welchen die von Klägerm Bl. — vorgebrachten Einwendungen in voriger Instanz zurückgewiesen worden sind. Vielmehr möchte es nach dem Inhalte des den Acten urschriftlich beiliegenden, Bl. — in beglaubter Abschrift zu denselben gebrachten Schreibens, dessen Aechtheit vorausgesetzt, allerdings bedenklich erscheinen, wenn der dermalige Gerichtsdirector von O., Advocat Dr. R., als Richter in dieser Angelegenheit fungiren wollte. Diese nicht gegen das Gericht O., sondern lediglich gegen die Person des dermaligen dasigen Gerichtsverwalters gerichteten Einwendungen können aber in alle Wege nicht den Kläger zu einem Abgehen von dem geschlossenen Vertrage und zu Anstellung der Klage vor dem an sich gesetzlich zuständigen Gerichte berechtigen, sondern nur dahin führen, daß bei Anstellung der Klage vor dem Gerichte O. der Dr. R. sich der Ausübung des Richteramtes in dieser Rechtssache zu enthalten hat und auf Bestellung eines Specialjustitiars hierzu Bedacht zu nehmen, Kläger auch nöthigen Falles berechtiget sein würde, eine diesfallsige Anordnung bei den zuständigen Oberbehörden zu beantragen.

Hinsichtlich der Entscheidung über die Kosten erster Instanz genügt die Verweisung auf den in der angefochtenen Verordnung Bl. — angegebenen Grund, und bei der Unerheblichkeit des eingewendeten Rechtsmittels hat ein ausreichender Anlaß zu Compensation der Kosten voriger und jetziger Instanz nicht vorgelegen."

---

## 60.

### Cautio damni infecti.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. H. in M.

Kläger führte in seiner Klage Folgendes an:

Im Jahre 1850 acquirirte der Kläger von dem Pfarrlehn zu B. auf der sogenannten Pfarrwiese daselbst einen Platz zur Erbauung eines neuen Hauses, und noch im nämlichen Jahre ließ er das Letztere soweit aufrichten, daß es unter Dach gebracht wurde und nur noch des inneren Ausbaues bedurfte.

Um die nämliche Zeit brachten auch die Beklagten einen Hausbauplatz auf der nämlichen Pfarrwiese, unmittelbar neben dem des Klägers, an sich, und im Frühjahre 1851 schickten sich dieselben an, auf solchem ebenfalls ein neues Haus zu bauen.

Bevor sie diesen Bau in Angriff nahmen, gingen sie, im Monat April, den Kläger um die Erlaubniß an, unmittelbar an dessen Giebel anbauen und keinen eigenen Giebel errichten zu dürfen.

Nach kurzen Verhandlungen ertheilte der Kläger den Beklagten diese Erlaubniß gegen eine Entschädigung von 18 Thlrn. —.—., welche ihm dieselben zusicherten, und gegen das Versprechen, überhaupt so zu bauen, daß dem Kläger dadurch kein Schade an seinem Hause geschehe.

Donnerstag oder Freitag nach Ostern fingen die Beklagten an, den Grund zu einem unter dem neuen Hause anzulegenden Keller zu graben.

Dieser Kellergrund lief von der Vorderfrontlinie des klägerischen Hauses sechs Ellen an dem Giebelgrunde des Letzteren hin und beide Beklagte waren bei der bezeichneten Arbeit selbst thätig, führten dieselbe aber zu Klägers großem Schaden aus, indem sie die Sohle des Kellers und seiner Grundmauer, von nur 9 bis 10 Zoll Stärke, tiefer legten, als die gute Grundsohle des klägerischen Hauses liegt, so, daß der Letzteren die Festigkeit und Mächtigkeit ge-

nommen, die Erdschicht unter derselben durch die Last der Giebelmauer herausgetrieben wurde und Letztere sich so bedeutend senkte, daß der Einsturz des Giebels bevorstand.

Durch diese Senkung ist bewirkt worden, daß folgende Bautheile des klägerischen Hauses, das Hauptgesimse, die durchlaufende Sohlbank, die Fensterstürze und selbst die Sockel eine Krümmung nach der Hauptecke zu, wo der bezeichnete Keller des Beklagten liegt, bilden, welche beinahe 2¼ Zoll beträgt.

Das Gebäude hat deshalb sein ganzes Ansehen verloren und ist in seinem Werthe wesentlich verringert worden.

Zur Wiederherstellung desselben in die vorige Beschaffenheit ist aber unumgänglich nothwendig, daß der Giebel neu verankert und die obengenannten Bautheile, welche eine Senkung erlitten haben, herausgenommen und wagerecht wieder eingemauert werden.

Die Beklagten sind, vermöge ihres ausdrücklichen Versprechens, alle Beschädigungen des klägerischen Hauses zu vermeiden und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen schon verbunden, diese Reparaturen auf ihre alleinigen Kosten bewerkstelligen zu lassen, weigern sich aber dessen ohne genügende Gründe.

Das Petitum war dahin gerichtet,

daß Beklagte die an des Klägers beschriebenem Hause verursachten Reparaturen auf ihre alleinigen Kosten zu bewerkstelligen, insbesondere den Giebel des fraglichen Hauses neu verankern und die übrigen Bautheile, das Hauptgesimse, die durchlaufende Sohlbank, die Fensterstürze und die Sockel herausnehmen und wagerecht wieder einmauern zu lassen, dem Kläger alle sonstigen, durch ihre Säumniß entstandenen, erweislichen Schäden zu ersetzen und alle Proceßkosten ab- und zu erstatten schuldig.

In erster Instanz wurde, da Beklagte das Anführen, daß die behaupteten Schäden an dem Hause des Klägers durch ihren Bau verursacht worden seien, in Abrede gestellt hatten, auf Beweis dieses Umstandes erkannt, das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig wies jedoch unter dem 13. Januar 1853 die Klage in der angebrachten Maaße ab und rechtfertigte diese Entscheidung durch folgende Gründe:

„Nach dem Anführen des Klägers, es hätten Beklagte die Sohle ihres Kellers und seiner Grundmauern tiefer als die Grundsohle seines Hauses gelegt, und dadurch dem letzteren die Festigkeit und Mächtigkeit in der in der Klage beschriebenen Weise entzogen, würde, die Wahrheit dieses Anführens vorausgesetzt, allerdings eine widerrechtliche Handlung der Beklagten vorliegen. Denn dem Kläger steht, von l. 12. §. 2. Cod. de aedif. privat. als einer unglossirten Gesetzstelle abgesehen, hierunter die Bestimmung l. 24. §. 12. in fin. D. de damno inf.:

„si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur“

zur Seite, und diese Bestimmung, welche durch kein entgegenstehendes Gesetz ausdrücklich aufgehoben ist, ist so lange, als nicht eine statutarische oder vertragsmäßige Abweichung hiervon in dem concreten Falle nachgewiesen wird, als gesetzliche Beschränkung des Eigenthums in Anwendung zu bringen.

Donelli, comment. de jur. civ., lib. XV. cap. 47. §. 25.

Schweppe, Röm. Privatrecht, 1. Bd. §. 230.

Schilling, Lehrb. d. Institut., §. 149. No. 2.

Ueberdies haben Beklagte nach ihrem eigenen Geständnisse vor Beginne ihres Baues gegen den Kläger noch ausdrücklich die Verpflichtung übernommen, sich jeder derartigen Ausführung des Baues zu enthalten, durch welche dem Hause des Klägers ein Schade zugefügt werden würde, und da diesem Abkommen der Charakter einer durch bloße Stipulation bestellten cautio damni infecti

l. 30. §. 1. D. de damn. inf.

beizulegen ist, so würde ganz eigentlich der in l. 24. §. 12. tit. cit. erwähnte Fall der Verwirkung der Caution vorliegen.

Die erhobene Klage war jedoch um deswillen nicht aufrecht zu erhalten, weil Kläger seine Klagbitte lediglich dahin gerichtet hat, daß Beklagte die von ihnen angeblich verursachten Reparaturen des dem Kläger zugehörigen Hauses bewerkstelligen und die dabei speciell angegebenen baulichen Herstellungen vornehmen sollen. Eine Verurtheilung in dieser Maaße stellt sich nämlich aus folgenden Gründen als unstatthaft dar:

1.

Der Anspruch gegen Denjenigen, welcher die cautio de damno infecto verwirkt hat, geht lediglich auf die Gewährung des id quod interest,

l. 28. l. 37. l. 40. pr. D. tit. cit.

mithin auf das pecuniäre Aequivalent für dasjenige Rechtsobject, welches dem Berechtigten durch die den Anspruch auf das Interesse begründende Handlung oder Unterlassung entzogen worden ist.

2.

Beklagte haben in dem mit dem Kläger eingegangenen Abkommen nur zu einer Unterlassung, der Vermeidung einer dem Kläger nachtheiligen

Ausführung ihres Baues, nicht auch zu einer positiven Handlung, dergleichen ihnen von dem Kläger angesonnen werden will, sich verpflichtet, und, wenn man auch von der bekannten Ansicht des römischen Rechts, wonach ein Rechtszwang zu Vornahme eines sogar vertragsmäßig übernommenen Factums nicht Statt findet,

l. 78. l. 72. l. 112. §. 1. D. de verb. oblig.

§. 33. J. eod. l. 13. §. 1. D. de re jud.

in Hinsicht auf den veränderten Executionsmodus des heutigen Rechtssystems (vergl. Executionsgesetz vom 28. Februar 1838. §. 70. flg.) gänzlich absieht, so gebricht es doch an einem Rechtsgrunde, die Beklagten zu einer Thätigkeit, wozu sie weder Gesetz noch Vertrag verpflichtet, zu nöthigen, um so gewisser, als weder von dem Kläger behauptet worden, noch der Lage der Sache nach vorauszusetzen ist, daß die streitigen Baulichkeiten schlechterdings nur von den Beklagten, nicht auch auf ihre Kosten durch dritte Personen mit ganz gleichem Erfolge hergestellt werden könnten, zu geschweigen, daß die gesetzliche Entschädigungspflicht aus der cautio damni infecti nicht schlechthin auf alle und jede dem Gegner entstandenen Nachtheile sich bezieht (vergl. l. 40. pr. D. tit. cit.), und daher eine Verurtheilung zu unmittelbarer Wiederherstellung der beschädigten Baulichkeiten denkbarer Weise über diese Verbindlichkeit hinaus gehen könnte.

3.

Die Frage, ob die Klagbitte Amtswegen zu verbessern und dem unrichtigen Suchen des Klägers der Antrag auf Verurtheilung der Beklagten zu dem Ersatze der durch ihr widerrechtliches Gebahren entstandenen Schäden zu substituiren sei, erledigt sich durch die Erwägung, daß einer Seits nach der schon wiederholt ausgesprochenen Ansicht der gegenwärtigen Instanz

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf., III. Jahrg. No. 106. Seite 311.

in dem Falle, wenn der Anspruch auf Schadenersatz das alleinige Klagobject bildet, die Quantificirung der behaupteten Schäden um deswillen zu Begründung der Klage gehört, weil außerdem zu einer executionsfähigen Sentenz in keiner Weise zu gelangen ist, vielmehr der eigentliche Streitpunkt, die Höhe des Schadens, erst in einem anderweiten Rechtsstreite festgestellt werden kann, und es weder sachgemäß, noch thunlich erscheint, allgemeine Rechtsprincipien für solche Verhältnisse auszusprechen, deren specielle thatsächliche Unterlagen noch gar nicht gegeben sind, anderer Seits aber, selbst abgesehen von dem processualischen Bedenken, ob causa ardua oder minuta vorliege, diesem Mangel nicht einmal durch einen dem Kläger nachzulassenden Beweis seines Anspruches abzuhelfen ist, da dem Kläger selbstverständlich nicht gestattet werden kann, noch in dem gegenwärtigen Rechtsstreite die Höhe und die sonstigen Grundlagen seines Schädenanspruchs in dem Beweise auszuführen, und diejenigen Thatsachen, welche sofort in der Klage anzuführen gewesen wären, allererst in dem Beweise nachzubringen, dadurch aber Beklagte in dem ihnen zustehenden rechtlichen Gehöre unverkennbar zu verkürzen."

Bei dieser Entscheidung beruhigte sich Kläger.

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 5. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 29. Verordnung zu Bekanntmachung der mit der Fürstlich Reußischen Regierung älterer Linie zu Greiz getroffenen Uebereinkunft wegen kostenfreier Erledigung von Requisitionen in Criminal- und Polizeistrafsachen; vom 24. März 1854. No. 30. Bekanntmachung, den Beitritt des Großherzogthums Mecklenburg-Schwerin zum Deutsch-Oesterreichischen Telegraphenvereine betreffend; vom 5. April 1854. No. 31. Bekanntmachung, die Prüfung der Bezirks- und Gerichtsärzte betreffend; vom 31. März 1854. No. 32. Verordnung zu Bekanntmachung der mit der Herzoglich Sachsen-Altenburgischen Regierung getroffenen Uebereinkunft wegen kostenfreier Erledigung von Requisitionen in Criminal- und Polizeistrafsachen; vom 10. April 1854. No. 33. Decret wegen Bestätigung der anderweit redigirten Statuten des Actienvereins der Societätsbrauerei zu Dresden; vom 12. April 1854. No. 34. Bekanntmachung, die Eröffnung des Betriebstelegraphen der Löbau-Zittauer Eisenbahn für die allgemeine telegraphische Correspondenz betreffend; vom 24. April 1854. No. 35. Verordnung, die Anwendung der Elektricität, des Galvanismus und Elektromagnetismus betreffend; vom 11. März 1854. No. 36. Verordnung, den Beitritt der Großherzoglich Badischen Regierung zu dem zu Eisenach unter dem 11. Juli 1853 abgeschlossenen Staatsvertrage betreffend; vom 29. April 1854. No. 37. Verordnung, eine Ergänzung der Bestimmungen über die Benutzung der Staatstelegraphen betreffend; vom 27. April 1854. No. 38. Verordnung, die portofreie Zusendung von Schriften an die Gerichts-Behörden betreffend; vom 1. Mai 1854. No. 39. Verordnung, die Veranstaltung von Landtagswahlen betreffend; vom 8. Mai 1854. No. 40. Verordnung, Elbschifffahrtsverhältnisse betreffend; vom 5. Mai 1854. No. 41. Bekanntmachung, das Concessions-Decret für die Riesa-Jüterbogker Anschlußbahn betreffend; vom 14. Mai 1854. — Letzte Absendung: am 24. Mai 1854.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 32.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 61.

Im Negatorienprocesse ist auf die Erklärung des Beklagten, daß er die von ihm eingeräumte Turbativhandlung nicht kraft eignen, sondern von einem Dritten auf ihn übertragenen Rechtes vorgenommen habe, für seine Person also ein Recht nicht beanspruche, nicht auf bloßes Bewenden bei dieser Erklärung zu erkennen, sondern eine Verurtheilung auszusprechen.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. B. in M.

Der Begüterte G. in L. erhob im Jahre 1851 gegen B. in M. bei dem Stadtgerichte daselbst um deswillen Negatorienklage, weil Letzterer sich am 15. August gedachten Jahres beim Fischen im L.'r Bache auf den dem Kläger eigenthümlich zugehörigen beiden Wiesen unter Nr. 28. und 227. des L.'r Flurbuchs dem Bache entlang an den Ufern unbefugterweise wiederholt hin- und herzugehn unterfangen hätte, und verband damit das entsprechende Sachgesuch. Der Beklagte benannte darauf in einem noch vor dem anberaumten Güte- und Rechtstermine bei dem Proceßgerichte eingereichten Schreiben unter dem Anführen, daß der Stadtgemeinde, der er angehöre, die Fischereigerechtigkeit in dem L.'r Bache zustehe, und daß er, als er am 15. August 1851 die Ufer dieses Baches betreten, dies nur in Ausübung dieser Gerechtigkeit, wozu er durch einen ihm vom Stadtrathe zu M. ausgestellten und von ihm bezahlten „Fischzettel" ermächtigt gewesen sei, also nicht kraft eines ihm im eignen Namen zustehenden dinglichen Rechts, sondern im Namen der Stadtgemeinde zu M. gethan habe, — die nurgedachte Stadtgemeinde als Urheberin der ihm beigemessenen Turbativhandlung mit dem Antrage, diese nominatio auctoris dem Kläger zur Erklärung darüber zuzufertigen, ob derselbe ihn aus dem Processe zu entlassen gesonnen sei. Nachdem jedoch diese dem Kläger durch das Proceßgericht unter Einräumung einer achttägigen Frist abverlangte Erklärung verneinend ausgefallen war, reichte der Beklagte noch innerhalb der gesetzlichen Frist vor dem anberaumten Güte- und Rechtstermine ein weiteres Schreiben bei den Acten ein, worin er unter Aufrechthaltung und Vorbehalt seiner auctoris nominatio auf diese nunmehr als Litisdenunciation auszufertigen bat. In dem hierauf nach Abhaltung des anderweit anberaumten Güte- und Rechtstermins abgesetzten rechtlichen Verfahren gestand der Beklagte den Grund der Klage im Wesentlichen nochmals zu, verlangte aber, unter wiederholter Bezugnahme auf seine auctoris nominatio, aus dem Processe entlassen zu werden, indem er die diesfallsige Weigerung des Klägers insbesondere auch deshalb als grundlos darzuthun suchte, weil er dem Kläger bereits zu der Zeit, wo er von demselben bei dem Fischen im L.'r Bache betroffen worden, den ihm vom Stadtrathe zu M. ausgestellten Fischzettel vorgezeigt, der Kläger also bereits bei Anstellung der Klage den auctor der von ihm geklagten Eigenthumsstörung gekannt habe. Die als Litisdenunciatin adcitirte Stadtgemeinde zu M. dagegen räumte zwar ein, dem Beklagten am 15. August 1851 durch Ausstellung eines Fischzettels die Erlaubniß gegeben zu haben, in den der städtischen Fischereigerechtsame unterworfenen Wässern, und daher auch in dem L.'r Bache, zu fischen, weigerte sich aber, dem Beklagten in dem

Proceſſe beizuſtehen, weil aus der wider denſelben erhobenen Negatorienklage hervorginge, daß derſelbe das ihm ertheilte Befugniß zum Fiſchen durch wiederholtes Hin- und Herlaufen auf dem Wieſengrundſtücke des Klägers überſchritten habe. Der Kläger endlich beſtritt die Statthaftigkeit der geſchehenen nominatio auctoris, weil der Litisdenunciant weder auf Befehl, noch im Auftrage der Stadtgemeinde M. gehandelt habe, und widerſprach überdies der übereinſtimmenden Behauptung des Litisdenuncianten und der Litisdenunciatin, daß Letzterer in dem L.'r Bache das Recht der Fiſcherei zuſtehe, als unbegründet.

In dem am 27. Mai 1852 bekannt gemachten Urthel des Königl. Spruchcollegiums zu Leipzig wurde nun folgendermaaßen erkannt:

„Da Beklagter in Folge der wider ihn von dem Kläger angeſtellten Negatorienklage Bl. — flg. und — flg. erklärt hat, daß er eine Wegegerechtigkeit über die angeblich dem Kläger gehörigen, in der Klage näher beſchriebenen Wieſengrundſtücke für ſeine Perſon nicht in Anſpruch nehme, vielmehr dieſe Parzellen dem L.'r Bache entlang und an dem Ufer deſſelben von ihm nur deswegen betreten worden ſeien, weil er als Pachter des Stadtraths zu M. das der daſigen Stadtgemeinde vermöge Verjährung zuſtehende Befugniß, in dem genannten Bache zu fiſchen und zu dieſem Behufe die Ufer zu begehen, ausgeübt habe, auch Litisdenunciat Bl. — flg. nicht in Abrede ſtellt, daß er dem Beklagten durch Ausſtellung eines Fiſchzettels wirklich die Erlaubniß gegeben habe, in dem L.'r Bache zu fiſchen, unter dieſen Umſtänden aber die gegenwärtige Rechtsſache ſich um ſo mehr erledigt hat, als, ganz abgeſehen von der Frage, inwieweit überhaupt gegen den Pachter eines Grundſtücks eine Negatorienklage zuläſſig ſei, der Stadtrath von dem Beklagten Bl. — flg. ausdrücklich als Urheber benannt worden iſt, der Letztere das Anführen Beklagtens, daß er in ſeinem Namen Behufs des Fiſchens die Ufer des Baches längs der in der Klage gedachten Grundſtücke betreten habe, beſtätigt hat, in der Klage die durch das Begehen verurſachten Schäden nicht ſpecificirt worden ſind, und daher ſelbſt für den Fall, daß Beklagter zu andern Zwecken oder in größerem Umfange, als es die Ausübung der Fiſcherei erfordert, über die Parzellen des Klägers gegangen ſein ſollte, Kläger ſeine Schäden mittelſt beſonderer Klage zu verfolgen haben würde, endlich aus den Acten nicht zu erſehen iſt, ob Litisdenunciat der Gerichtsbarkeit des Proceßgerichts unterworfen ſei;

ſo hat es bei der Erklärung Beklagtens Bl. — flg., daß er für ſeine Perſon eine Wegeſervitut nicht in Anſpruch nehme, ingleichen bei der Bl. — flg. und — bewirkten nominatio auctoris und beziehendlich Litisdenunciation und der hierauf von dem Litisdenunciaten Bl. — flg. abgegebenen Erklärung ſein Bewenden, und bleibt dem Kläger unbenommen, ſeine Anſprüche gegen den Litisdenunciaten oder gegen den Beklagten, falls Letzterer einer Ueberſchreitung des Befugniſſes ſich ſchuldig gemacht haben ſollte, mittelſt beſonderer Klage an- und auszuführen;

es werden jedoch die durch den gegenwärtigen Rechtsſtreit erwachſenen Proceßkoſten billig gegen einander aufgehoben."

Dieſes Urthel wurde auch auf die von dem Kläger und dem Beklagten dagegen eingewendeten Berufungen durch das am 23. Mai 1853 eröffnete Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu Z. unter Compenſation der Koſten der Rechtsmittel beſtätigt. Der Beklagte hatte namentlich wegen der erkannten Koſtencompenſation und weil ihm der Regreß gegen die Litisdenunciatin nicht ausdrücklich vorbehalten worden war, der Kläger dagegen um deswillen appellirt, weil der Beklagte nicht allenthalben dem Klaggeſuche gemäß verurtheilt worden war.

Die Entſcheidungsgründe der zweiten Inſtanz lauten nun in dem hierher gehörigen Theile folgendermaaßen:

„I. Die Appellation des Beklagten betr.

Zweck der Litisdenunciation iſt, denjenigen, gegen den der Litisdenunciant den Regreß zu haben vermeint, von dem erhobenen Anſpruch in Kenntniß zu ſetzen, damit dadurch für das Künftige Streit über den angeblich durch des Litisdenuncianten eigene Schuld eingetretenen Verluſt des Proceſſes vermieden werde. Durch die erkannte Statthaftigkeit der Litisdenunciation wird daher nur über eine formelle Frage entſchieden, wogegen die Entſcheidung darüber, ob und in welchem Umfange der Regreß ſtatthaft iſt, einem beſonderen Proceſſe, worin dem Gegner ausreichende Gelegenheit zur Vertheidigung ſich bietet, vorzubehalten iſt.

Anlangend die ausgeſprochene Koſtencompenſation, hat Beklagter keinen Anlaß, daraus einen Grund zur Beſchwerde zu entnehmen.

Bekanntlich kann die Negatorienklage gegen jeden Störer angeſtellt werden. Nun behauptet zwar Beklagter, daß er ſich, dem Kläger gegenüber, darüber ſofort ausgewieſen habe, daß er nicht im eigenen Namen, ſondern in dem der Stadtgemeinde zu M. handle, allein er hat gar nicht einmal zu behaupten vermocht, daß er in dem von ihm producirten ſogen. Fiſchzettel zur Ausübung der Fiſchereigerechtigkeit in dem L.'r Bache beſonders autoriſirt geweſen ſei.

Es konnte daher auch dem Kläger nicht zugemuthet werden, auf die einseitigen Versicherungen des Beklagten hin, anstatt gegen diesen, gegen die genannte Stadtgemeinde sein Recht zu verfolgen.

II. Die Appellation des Klägers betr.

Allerdings trägt jede ohne besondern Rechtstitel vorgenommene, in fremde Eigenthumsrechte eingreifende Handlung den Charakter der Störung in sich selbst und hat die Vermuthung der Absichtlichkeit wider sich. Daraus folgt die Regel, daß dem Eigenthümer, welcher zum Schutze der Freiheit seines Eigenthums gegen fremde Anmaaßung der Negatorienklage sich bedient, nicht zugemuthet werden mag, in Bezug auf die eine Rechtsverfolgung veranlassende Thathandlung des Gegners die Absicht, daß derselbe eine Servitut prätendire, besonders zu deduciren und dahin gerichtete Anführungen in seine Klage aufzunehmen. Allein hierbei wird ein selbstständiger Störer fremder Realrechte vorausgesetzt, eine Eigenschaft, welche von demjenigen nicht angenommen werden kann, der, wie hier, nicht für seine Person, sondern in der ihm von einem Dritten ertheilten Ermächtigung fremde Rechte beeinträchtigt.

Solchemnach ist die Verurtheilung des Beklagten auf Enthaltung der Störung nicht durch die Erklärung desselben, sich für seine Person eine Servitut nicht anmaaßen zu wollen, sondern erst dadurch bedingt, daß dem Nominaten das behauptete Servitutenrecht nicht zusteht. Um aber dahin zu gelangen, ist vor Allem erforderlich, daß Kläger wider den Litisdenunciaten besonders klagend auftrete.

Diese Betrachtung läßt den Antrag des Klägers auf sofortige Ertheilung einer Condemnatoria ungeeignet erscheinen.

Aber auch die Ausstellungen, welche Kläger nach Bl. — flg. außerdem gegen das vorige Urthel gemacht hat, sind nicht von der Beschaffenheit, zu einem andern Resultate zu führen.

Denn daß das Verhältniß, in welchem Beklagter zu der Stadtgemeinde im vorliegenden Falle gestanden, dem eines Pachtvertrags entspricht, läßt sich nach den in den Acten zur Sprache gebrachten Umständen schwerlich bestreiten.

Weiter ist noch Bl. — von dem Litisdenunciaten versichert worden, daß Beklagter nach hierzu von ihm erhaltener Autorisation an der fraglichen Stelle gefischt habe. Dieses aber reichte vollkommen aus, um die Statthaftigkeit der auctoris nominatio für begründet erachten zu können.

Und insonderheit, den Kostenpunkt anlangend, fehlt es dem Kläger um deswillen an einem haltbaren Grund, sich über die Kostencompensation zu beschweren, weil sich derselbe, der Benennung des Urhebers ungeachtet, aus unerheblichen Gründen geweigert hat, den Beklagten aus dem Processe zu entlassen.

Die Vergleichung der Appellationskosten endlich findet ihre Rechtfertigung darin, daß von Klägerm sowohl, als von Beklagtem remedirt worden ist."

Hiergegen wurde nun von Seiten des Klägers nochmals appellirt, und erkannte nunmehr das Königl. Oberappellationsgericht in einem am 26. October 1853 bekannt gemachten Erkenntnisse reformatorisch also:

„Die Hauptsache anlangend, ist gleichgedachtes Urthel (2ter Instanz) insoweit abzuändern, daß die Bl. — flg. ersichtliche Entscheidung erster Instanz in Beziehung auf den Beklagten nicht allenthalben zu bestätigen, noch dem Kläger gegenüber lediglich auf Bewenden bei des Beklagten Bl. — flg. bewirkter Erklärung:

„daß er für seine Person eine Wegeservitut nicht in Anspruch nehme",

zu erkennen, sondern vielmehr,

„daß Beklagter auch der Anmaaßung einer solchen Servitut auf des Klägers in Frage begriffenen Wiesengrundstücken bei Zwanzig Thaler Strafe auf jeden Uebertretungsfall sich zu enthalten, nicht weniger die bisher verursachten erweislichen Schäden dem Kläger zu erstatten verbunden",

sowie gegenwärtig erfolgt, zugleich mit auszusprechen gewesen.

Im Uebrigen ist zuerst bemerktes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, jedoch sind die durch das jetzige Rechtsmittel verursachten Unkosten unter den Parteien zu compensiren",

indem es sich auf folgende Entscheidungsgründe stützte:

„Das Geständniß des Beklagten Bl. — flg.,

„zur Ausübung einer Servitut der in Frage begriffenen Art für seine Person weder befugt zu sein, noch solche überhaupt in Anspruch zu nehmen",

muß, so lange ein anderer liquider Rechtstitel für den Beklagten zu Rechtfertigung einer zugestandenen Anmaaßung nicht vorliegt, den Beeinträchtigten ohne Zweifel als vollkommen berechtigt darstellen, die Unterlassung der an sich präsumtiv widerrechtlichen Handlung sofort zu verlangen, und den Richter deshalb um Hülfe anzugehn. Die bloße illiquide Beziehung des Störers auf das angebliche, gleichfalls illiquide Befugniß eines Dritten kann unverkennbar dieses an sich liquide Recht des verletzten Eigenthümers in keiner Weise als ohne Weiteres aufgehoben, oder auch nur zeitweilig außer Wirk-

samkeit gesetzt darstellen, und wenn das Letztere in gewisser Maaße in solchen Fällen Platz greifen mag, in welchen nach Befinden der Verhältnisse auf einen Befugnißbeweis zu erkennen ist, durch welchen der rechtliche Schutz für den Kläger doch nicht auf eine unbestimmte und willkürliche Weise verzögert wird, kann hingegen eine ganz unbestimmte Hinausschiebung dieses an sich schon liquid begründeten und bereits angerufenen richterlichen Schutzes nicht als durch ein Erkenntniß blos auf Bewenden bei den Zugeständnissen, und auf Nachlassung weiterer besonderer rechtlicher Ausführung genugsam rechtlich begründet und der Natur der Rechtspflege angemessen erachtet werden.

Nach diesen Ansichten hat auch das Urthel der vorigen Instanz, soweit jetzt erfolgt, auf Klägers Rechtsmittel abgeändert werden müssen, und es hat die gegenwärtige Rechtssache um so weniger als durch die Erklärung des Litisdenunciaten Bl. — ohne Weiteres erledigt angesehen werden können, je weniger am nurbezeichneten Orte von Letzterem die unbedingte Genehmigung und Vertretung des Beklagten hinsichtlich der in Frage gebrachten Störung des Klägers ausgesprochen, vielmehr ausdrücklich das Gegentheil erklärt, auch selbst die Zulassung zum Beweise eines eignen Befugnisses im gegenwärtigen Processe nicht im mindesten in Anspruch genommen worden ist.

Je weniger es nun offenbar die Sache des gegenwärtigen Klägers sein kann, den Umstand zur rechtlichen Entscheidung zu bringen, ob überhaupt und in welchen Grenzen von Seiten des Beklagten die an sich zugestandene Störung des Klägers im wirklichen Auftrage oder unter Genehmigung des Litisdenunciaten vorgenommen worden sein möchte, desto mehr bleibt unverkennbar die nächste persönliche Unbefugniß des Beklagten zu der zugestandenen Störung liquid stehen, und daher das Erkenntniß auf Enthaltung und Erstattung der bisher etwa verursachten erweislichen Schäden, in Ermangelung jeder Beibringung eines unmittelbar oder mittelbar erlangten Befugnisses, vollkommen gerechtfertigt.

Indem übrigens nach Lage der Sache die Compensation der Proceßkosten wiederum zu bestätigen gewesen, hat solche Compensation auch jedenfalls hinsichtlich der Kosten des gegenwärtigen Rechtsmittels ausgesprochen werden müssen."

---

## 62.

### Zu §. 55. der Landgemeindeordnung vom 7. November 1838, das Eigenthum an Gemeindegrundstücken betr.

Mitgetheilt von

Herrn Act. C. in F.

In der Gemeinde X. entspannen sich Differenzen über einige Grundstücke, welche von Alters her als „Gemeindegrundstücke", „Gemeindegut" angesehen, auch als solche stets in den amtlichen Erlassen der Gemeindeobrigkeit, des Justizamtes, bezeichnet worden waren.

Die Altbegüterten in der Gemeinde befanden sich anerkannt seit einer langen Reihe von Jahren factisch im Besitz und Genusse dieser Grundstücke. Die Gärtner, Häusler und Hausgenossen in der Gemeinde stellten nun die Behauptung auf: seit Einführung der Landgemeindeordnung vom 7. November 1838 sei jedenfalls die politische Gemeinde als Eigenthümerin jener Grundstücke anzusehen, und wenn schon nach §. 55. des angez. Ges. den Altbegüterten ein ausschließliches Besitz- und Benutzungsrecht an jenen Grundstücken — falls ihnen ein solches zustehe — auch fernerhin einzuräumen sei, so sei doch die Existenz eines solchen Rechtes — als einer Beschränkung des der politischen Gemeinde zustehenden Eigenthums — von den Altbegüterten zu erweisen und, bis dies geschehen, der Ertrag jener Gemeindegüter für die Bedürfnisse der politischen Gemeinde in Anspruch zu nehmen und zu verwenden.

Zuletzt, nachdem diese Differenz in mehrfachen gegenseitigen Zuschriften verhandelt worden war, traten die Gärtner, Häusler und Hausgenossen gegen die Altbegüterten im Civilwege klagend auf, gründeten diese Klage lediglich auf das Anführen, daß die politische Gemeinde zu X. sich im bürgerlichen Eigenthume der fraglichen Grundstücke befinde, und beantragten, daß die Gegner verurtheilt würden, das Eigenthum der politischen Gemeinde anzuerkennen und sich jeder Anmaaßung des Besitzes und der Benutzung der fraglichen Grundstücke zu enthalten, vielmehr zu gestatten, daß deren Ertrag zum Besten der politischen Gemeinde verwendet werde.

Uebrigens hatte an diesem Rechtsstreit die gesetzliche Vertretung der politischen Gemeinde sich nicht im Geringsten betheiligt, da sowohl der Gemeindevorstand, als der größte Theil der Gemeinderathsmitglieder zur Classe der Altbegüterten gehörte; es war auch ebensowenig dieses letzteren Umstandes in jener Civilklage Erwähnung gethan worden.

Die Altbegüterten bezeichneten die Klage als unschlüssig, namentlich weil darin der Erwerbstitel, worauf das Recht der politischen Gemeinde gestützt werde, die Thatsachen, durch welche letzterer das Eigenthum an den fraglichen Grundstücken erworben worden sei, nicht angegeben seien, stellten dies Eigenthum in Abrede und beriefen sich übrigens für ihr ausschließliches Besitz- und Benutzungsrecht auf Verjährung und Herkommen.

Das vom Spruchcollegio zu Leipzig eingeholte Urthel erkannte auf Beweis des Klaggrundes, indem es die von den Beklagten ausgeführte Einrede der Unschlüssigkeit mit dem Bemerken zurückwies, der Klaggrund im engeren Sinne sei um so mehr für genügend aufgestellt zu achten, als zumal nach neuestem Rechte die bloße Eintragung der politischen Gemeinde als Civileigenthümerin in das Grund- und Hypothekenbuch dieses Eigenthum wenigstens bis zum Beweis des Gegentheils vollständig darthun würde, wodurch übrigens der Gebrauch anderer Beweismittel für dieselbe Behauptung nicht für ausgeschlossen zu achten sei.

Auf die Berufung der Beklagten wurde jedoch vom Königl. Appellationsgericht zu Dresden die Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen. Dem Erkenntnisse, welches am 16. März 1853 eröffnet wurde, waren folgende Entscheidungsgründe beigegeben:

„Die vorliegende Klage ist zwar auf die Behauptung gestützt, daß die politische Gemeinde zu X. im bürgerlichen Eigenthume der Bl. — aufgeführten Grundstücke sich befinde. Allein ganz abgesehen davon, daß nach §. 153. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 Gemeindegrundstücke in der Regel kein Folium im Grund- und Hypothekenbuche zu erhalten haben und daß schon darum von einem „bürgerlichen" Eigenthume an eigentlichen Gemeindegrundstücken im Sinne der §. 2. dieses Gesetzes nicht füglich die Rede sein kann, so sind auch Thatsachen, aus denen mit Zuverlässigkeit die Richtigkeit der gedachten Behauptung geschlossen werden könnte, nicht angeführt, im Gegentheil geht aus demjenigen, was von den Klägern in der Replik Bl. — und in der Appellationsdeductionsschrift Bl. — vorgestellt worden ist, nur zu deutlich hervor, daß dieselben das Eigenthum an den fraglichen Grundstücken und deren Benutzung für die politische Gemeinde zu X. lediglich um deswillen in Anspruch nehmen, weil die rechtliche Vermuthung dafür streite.

Dieser Ansicht, von welcher allerdings der von den Klägern mehrmals berufene Verfasser des in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge, Bd. 4. S. 485 ff. abgedruckten Aufsatzes auszugehen scheint, kann jedoch das jetzt erkennende Collegium schon um deswillen nicht beipflichten, weil sie auf einer Verwechslung der verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Gemeinde" beruht. Bei den über Gemeindegüter und deren Benutzung unter den einzelnen Classen einer Gemeinde entstehenden Rechtsstreitigkeiten ist nämlich, wie auch die Vorschrift in §. 55. der Landgemeindeordnung vom 7. November 1838 deutlich an die Hand giebt, zwischen dem staatsrechtlichen Begriffe einer Ortsgemeinde, als öffentlicher Corporation, und den in Bezug auf Eigenthums- und sonstige Separatverhältnisse unter den Landgemeinden fast allenthalben vorkommenden besondern Genossenschaften, die im gewöhnlichen Sprachgebrauche ebenfalls Gemeinde, Altgemeinde ꝛc. genannt zu werden pflegen, sorgfältig zu unterscheiden, und es darf ebendeshalb aus der von früheren Zeiten her beibehaltenen Benennung „Gemeinde", „Gemeindegrundstück" nicht darauf geschlossen werden, daß die hierdurch bezeichneten Gegenstände stets Eigenthum der ganzen Ortscommun als solcher gewesen, mithin auch auf alle nach den neueren staatsrechtlichen Grundsätzen dazu zu rechnenden Mitglieder antheilig übergegangen seien. Denn die auf der Gemeindeverfassung beruhenden Proprietäts- und Nutzungsbefugnisse, die sogenannten Gemeindegerechtigkeiten, sind in der Regel nichts Anderes, als Ueberbleibsel der ursprünglichen Markverfassung und Nutzungen an der unvertheilt verbliebenen Mark, die zu denjenigen Häusern und Höfen gehören, an die sich das Gesammteigenthum der alten, unvertheilten Mark anknüpft.

Jacob Grimm, deutsche Rechtsalterthümer. (Göttingen, 1828.) S. 494 ff. und insonderheit 505.

von Löw, die Markengenossenschaften. (Heidelberg, 1832.) S. 76 ff.

Mittermaier, Grundsätze des deutsch. Priv.-Rechts, Abth. 1. §. 217.

Eichhorn, Einleitung in d. deutsche Priv.-Recht, §. 168. u. 372.

Weiske, über Corporationen, sowie über Gemeindegüter und deren Benutzung. (Leipz. 1847.) S. 174 ff.

Diese Rechtsverhältnisse haben auch durch die Landgemeindeordnung nach den in solcher §. 55. und 56. enthaltenen bestimmten Vorschriften nicht betroffen werden sollen, und konnten überhaupt auch wegen ihrer rein privatrechtlichen Natur keiner Abänderung unterliegen, zumal sie Befugnisse zum Gegenstande haben, welche eben um deswillen, weil

sie mit Grundbesitzungen (Gütern, Höfen) verbunden sind, als Zubehörungen derselben zu betrachten sind, und darum auch, als solche, nach Maaßgabe der zum Hypothekengesetze vom 6. November 1843 erlassenen Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 und dem derselben beigefügten Schema unter 11. (Gesetzbl. vom Jahre 1844. S. 87. und 89.) in das Grund- und Hypothekenbuch besonders eingetragen werden sollen.

Mit Rücksicht hierauf läßt sich demnach in Beziehung auf Eigenthums- und Benutzungsrechte an den sogenannten Gemeindegrundstücken eine rechtliche Präsumtion durchaus nicht aufstellen, vielmehr kommt hierbei Alles auf die eigenthümliche Ortsverfassung an und die politische Gemeinde muß, wenn sie das volle Eigenthum an der Gemeindeländerei beansprucht, sich jedoch in deren Besitze nicht befindet, die rei vindicatio anstellen, mithin ebenso, wie jeder andere Vindicant, den Rechtstitel, worauf sie ihren Eigenthumsanspruch stützt, speciell angeben und erweisen.

Renaud, Abhandlung über die Gemeindenutzungen, Zeitschr. für deutsches Recht und deutsche Rechtsw., Bd. 9. I. §. 4.

v. Langenn u. Kori, Erört., Th. II. Abh. XVII. 2. Ausg.

Haubold, Lehrbuch des K. S. Privatr., §. 480. not. h. Ausg. 3.

Wendet man nun diese Grundsätze auf die vorliegende Klage an, so muß dieselbe nothwendig für unschlüssig und unstatthaft erachtet werden, da in ihr der Rechtstitel, worauf das Eigenthum der Ortsgemeinde an den in Streit befangenen Flurstücken sich gründen soll, nicht angegeben ist, noch auch nur hat behauptet werden können, daß die von solchen bezogenen Nutzungen zu Gemeindezwecken verwendet worden seien.

Im Gegentheile ist von den Klägern besage der Beilagsacten — — zugestanden worden, daß die Beklagten und deren Besitzvorfahren schon seit länger als Verjährungsfrist diese Grundstücke besessen und ausschließend benutzt haben. Hiernach würde die vorliegende Klage sogar schlechterdings abzuweisen sein. Inzwischen bleibt doch immerhin denkbar, daß Gemeindegrundstücke auch ungeachtet dessen, daß sie einzelne Gemeindeglieder zeither zu ihrem Privatvortheile mit benutzt haben, eigentliches Gemeindegut seien, und außer dem Falle eines von Seiten der Betheiligten ausdrücklich geleisteten Anerkenntnisses dieser Eigenschaft würde ein erheblicher Grund dafür z. B. in dem Umstande gefunden werden, daß die betreffenden Grundstücke schon bei der Fundamentalschätzung im Jahre 1628 als Gemeindegut von Schock- und Quatembersteuern befreit geblieben oder doch die Nutzungen derselben zur Bestreitung von Gemeindebedürfnissen mit verwendet worden seien.

Denn so wie im letzteren Falle ein factisches Anerkenntniß des Gemeindeguts insonderheit dann, wenn die zu dessen Unterhaltung erforderlich gewesenen Unkosten aus der Gemeindecasse bestritten worden sind, anzunehmen sein würde, so liefert dagegen der erstere Fall einen starken Beweis dafür, daß eigentliches Gemeindegut in Frage sei, weil nach deutschem Staatsrechte wirkliche Gemeindegüter als steuerfrei gelten,

Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 407.

und diese Steuerfreiheit auch in Sachsen bis zur Einführung des neuen Grundsteuersystems bestanden hat, wenn — wie es in dem Steuerregulative vom 2. October 1764 (C. A. C. I. Tom. II. pag. 701 seq.) heißt — eine Gemeinde ihre Grundstücke, besonders an Hutungen, Triften und Angern, schon vor der Fundamentalschätzung besessen und gemeinschaftlich benutzt hat.

vergl. hierüber Weiske, über Corporationen, Seite 178 ff."

Auf eingewendete Berufungen beider Theile wurde das zweitinstanzliche Erkenntniß vom Königlichen Oberappellationsgericht zu Dresden bestätigt. Dasselbe ging zwar auf die Gründe der zweiten Instanz nicht ausführlich ein, indem es die Klage namentlich auch aus dem Grunde abwies, weil hier ein Recht der politischen Gemeinde in Frage sei und sich aus der Klage nicht ersehen lasse, in wie fern Kläger befugt seien, ein Recht zu verfolgen, was zunächst von der gesetzlichen Gemeindevertretung geltend zu machen sei. (Vergl. oben: „Uebrigens hatte an diesem Rechtsstreit" ꝛc.) Es äußerte sich aber in den Entscheidungsgründen die dritte Instanz wenigstens im Allgemeinen dahin, daß nach der bestimmten Disposition der Landgemeindeordnung §. 55. dafür, daß an den sogenannten Gemeindegrundstücken der politischen Gemeinde alle und jede mit dem Eigenthum sonst verbundene Rechte zustehen, keine Präsumtion streite, sondern dies vielmehr stets quaestio facti sei.

## 63.

### Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. B. in K.

In dem zu dem Vermögen des Bauergutsbesitzers Karl Gottlob F. zu O. vor den Gerichten zu O. anhängigen Creditwesen hatte die Ehefrau des Gemeinschuldners Johanne Eleonore verehel. F. ein eheweibliches Einbringen von 2490 Thlrn. 9 Ngr. —₰ unter dem Anführen, daß dieses Einbringens halber nach Höhe von 2000 Thlrn. —₰ —₰ unter dem 14. December 1844 eine Hypothek an den Immobilien des Gemeinschuldners eingetragen worden sei, angemeldet.

Vom Concursvertreter war von diesem Einbringen die Summe von 326 Thlrn. 27 Ngr. 1 Pf. zugestanden, alles Uebrige aber in Abrede gestellt und daher im Locationserkenntnisse der Liquidantin der Beweis des Einbringens auferlegt worden.

Innerhalb der Beweisfrist verzichtete jedoch die verehel. F. auf diesen Beweis, beantragte aber zugleich die Location der vom Concursvertreter zugestandenen Post von 326 Thalern 27 Ngr. 1 Pf.

In welcher Weise nun der mehrgedachte Einbringenbetrag zu lociren sei, wurde aus folgenden Gründen fraglich:

Es hatte nämlich unterm 23. October 1847 die verehel. F. sich für ein von ihrem Ehemanne von Christianen Dorotheen verehel. H. aufgenommenes Capital von 2500 Thalern verbürgt und erklärt, mit ihrer Forderung der verehel. H. nachstehen zu wollen, und nachdem die Forderung der verehel. H. unter 3./III. am 23. October 1847 auf dem Folium des dem jetzigen Gemeinschuldner gehörigen, von ihm verpfändeten Bauergutes eingetragen und zugleich unter 4. im Folium bemerkt worden war, daß der Forderung unter 3. das Vorzugsrecht vor der unter 2. (dem Einbringen der verehel. F.) eingeräumt worden sei, hatte die verehel. H. ihre Forderung unterm 22. September 1848 an Johann Gottfried Adolph S. und dieser wieder am 13. Februar 1849 einen Betrag von 1200 Thlrn. —₰ —₰ an das von George August S. errichtete Fideicommiß abgetreten.

Im Locationserkenntnisse waren die oberwähnten 1300 Thlr. —₰ —₰ Darlehn Johann Gottfried Adolph S.'s ex jure cesso Christianen Dorotheen H. und 1200 Thlr. —₰ —₰ dergleichen des von George August S. errichteten Fideicommisses ex jure cesso vorgedachten S.'s in der vierten Classe locirt worden.

In dem auf obgedachten Antrag der verehel. F. abgefaßten nachträglichen Locationsbescheide wurde nun, da die verehel. F. die Rechtsbeständigkeit der von ihr am 23. October 1847 geleisteten Bürgschafts- und Nachtrittserklärung nicht bezweifelt hatte, deren Einbringen von 326 Thlrn. 27 Ngr. 1 Pf. nach der vierten Classe, den Forderungen Johann Gottfried Adolph S.'s und des S.'schen Fideicommisses, locirt, dieser Bescheid auch auf die von der verehel. F. ergriffene Appellation von dem Königl. Appellationsgericht zu B. bestätigt.

Auch gegen dieses Erkenntniß wendete indessen die verehel. F. Berufung ein und bezog sich nunmehr darauf, daß die in Frage kommende Bürgschaft und Nachtrittserklärung, wie aus dem betreffenden Protokolle hervorgehe, ohne Genehmigung ihres Ehemannes vorgenommen worden sei, worauf unterm 9. August 1853 das Königl. Oberappellationsgericht dahin erkannte, daß es bei dem Urtheil der zweiten Instanz und dem dadurch bestätigten Gerichtsbescheide nicht zu lassen, vielmehr die verehel. F. mit ihrer Einbringenforderung von 326 Thlrn. 27 Ngr. 1 Pf. nach der dritten und vor der vierten Classe in Ansatz zu bringen sei, es jedoch den in der vierten Classe locirten Gläubigern, Johann Gottfried Adolph S. und Advocat Julius R., als legitimirtem Actor des von Georg August S. errichteten Fideicommisses, unbenommen bleibe, ihre Rechte gegen die verehel. F. aus der von derselben erklärten Verbürgung und Rücktrittserklärung, so weit sie sich damit fortzukommen getrauen sollten, besonders auszuführen.

Dieser Entscheidung waren folgende Gründe beigegeben:

„Das Anführen der verehel. F., daß ihres Einbringens halber nach Höhe von 2000 Thlrn. —₰ —₰ unter dem 14. December 1844 eine Hypothek an den Immobilien des Gemeinschuldners eingetragen worden, beruht nach Bl. — in Richtigkeit. Es kann daher an sich keinem Zweifel unterliegen, daß die vom curator litis an dem Einbringen gedachter Liquidantin zugestandenen 318 Thlr. 9 Gr. 11 Pf. Conventionsgeld als mit einem hypothekarischen Rechte von gedachtem Zeitpunkte an versehen zu betrachten, und da die Hypothek der in Classe IV. locirten Gläubiger Johann Gottfried Adolph S.'s ex jure cesso Christianen Dorotheen H. und des Actor des S.'schen Fideicommisses ex jure cesso des gedachten S., erst unter dem 23. October 1847 eingetragen worden, vor den Forderungen dieser Gläubiger zu lociren sind.

Nun behaupten zwar die bemerkten, in Classe IV. locirten Gläubiger, daß die verehel. F. sich für die Forderung der verehel. H. an 2500 Thlrn. —-—-, von welcher sie als Cessionare ihre Rechte ableiten, nicht blos verbürgt, sondern auch dieser H.'schen Forderung nachzutreten und derselben das Vorzugsrecht vor ihrem Einbringen einzuräumen erklärt habe, was sich auch nach Bl. — ergiebt, und es ist dies allem Ansehen nach der Grund, weshalb in dem nachträglichen Locationsbescheide Bl. — die Forderung der verehel. F. hinter Classe IV. locirt worden. Allein aus der Urkunde Bl. — ergiebt sich nicht auch zugleich die Legalität der gedachten Verbürgung und Rücktrittserklärung, welche letztere nach §. 3. sub 2. des Mandats vom 6. November 1848 denselben Förmlichkeiten, wie die Verbürgung der Eheweiber für ihre Ehemänner unterliegt. Denn wenn auch nach der Schlußbestimmung sub 2. des Gesetzes vom 8. Januar 1838, die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betreffend, die Anwesenheit der Ehemänner oder deren Sachwalter bei der in Gemäßheit des Mandats vom 6. November 1828. §. 1. den für ihre Ehemänner sich verbürgenden Ehefrauen zu ertheilende Belehrung und bei der von letzteren darauf abzugebenden Erklärung selbst nicht zu gestatten ist, so schließt dies doch keineswegs aus, daß der Ehemann zu der von seiner Ehefrau für ihn vorzunehmenden Verbürgung seine Einwilligung zu erkennen geben müsse, vielmehr ist dadurch die allgemeine Regel, daß Erklärungen, welche Eheweiber dritten Personen gegenüber allein und ohne Beitritt ihrer Ehemänner abgeben, null und nichtig sind, keineswegs aufgehoben, wie aus der Bestimmung des gedachten Gesetzes sub 3. auch noch ganz klar hervorgeht. Aus der bemerkten Urkunde Bl. — ist aber nicht zu ersehen, daß der Ehemann der F. irgendwie seine Genehmigung der von letzterer in seiner Abwesenheit vorgenommenen Verbürgung und Rachtrittserklärung zu erkennen gegeben habe. Es hat daher aus Anlaß der Appellation der F. der gedachten Liquidantin allerdings die ihr nach dem Rangverhältnisse ihrer Hypothek zukommende Stelle nach der III. Classe angewiesen werden müssen, und es hat den in Classe IV. Bl. — Vol. III. locirten Gläubigern nur nachgelassen werden können, ihre etwaigen Rechte aus der Verbürgung und Rücktrittserklärung, insofern sie sich damit fortzukommen getrauen sollten, besonders auszuführen."

Auf die gegen dieses Erkenntniß von Johann Gottfried Adolph S. und Advocat Julius R., als Sachwalter des von George August S. errichteten Fideicommisses, eingewendeten Rechtsmittel stellte jedoch das Königl. Oberappellationsgericht das den Gerichtsbescheid bestätigende Erkenntniß der zweiten Instanz wieder her und bemerkte zur Rechtfertigung dieser reformatorischen Entscheidung Folgendes:

„In dem Principe der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher liegt es, §. 21—23. des Gesetzes vom 6. November 1843, wie auch Heine in seinem Commentar zum Hypothekengesetze treffend ausgeführt hat, daß alles Dasjenige, was in denselben in Bezug auf das Eigenthum oder sonstige dingliche Rechte enthalten ist, als rechtlich feststehend anzusehen ist. Erwirbt nun Jemand ein derartiges, im Hypothekenbuche schon eingetragenes Recht, so kann gegen ihn in Bezug auf dieses Recht irgend eine Einwendung oder Ausstellung nicht mehr gemacht werden, dafern er nur in gutem Glauben gehandelt hat.

War nun die Forderung der verehel. H. im Grund- und Hypothekenbuche als eine solche bezeichnet, der ein Vorzugsrecht vor der der verehel. F. zustehe, so kann nunmehro Letztere nach erfolgter Cession der H.'schen Forderung an ernannten S. und beziehentlich an das S.'sche Fideicommiß und Eintragung dieser Cession in das Grund- und Hypothekenbuch nicht mehr gegen diese beiden mit Erfolg Rechtens geltend machen, daß die über ihre Verbürgung und Rücktrittserklärung aufgenommene Urkunde an einem Formfehler leide und deshalb der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch ungültig sei. Nur dann würde die verehel. F. dies thun können, wenn sie Thatsachen angeführt und nachgewiesen hätte, woraus hervorginge, daß ernannter S. und das S.'sche Fideicommiß sich bei der Cession und bei dem Eintrage ihrer Forderungen im Grund- und Hypothekenbuche nicht im guten Glauben befunden hätten.

Aus vorstehenden Gründen war die Forderung der verehel. F. nicht vor den Forderungen S.'s und des S.'schen Fideicommisses zu lociren, sondern nach denselben, und mithin das angefochtene Erkenntniß abzuändern und das Erkenntniß in zweiter Instanz wieder herzustellen."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 33.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 64.

Die actio de recepto gegen den Gastwirth ist auch dann begründet, wenn der Gast, ohne die Eingangsthür zu dem ihm angewiesenen Zimmer zu verschließen, oder zu verriegeln, oder die werthvollerern Sachen in den im Zimmer befindlichen verschließbaren Aufbewahrungsverhältnissen zu verwahren, sich der nächtlichen Ruhe überlassen hat und während der Nacht an den inferirten Gegenständen ein Diebstahl verübt worden ist.

Mitgetheilt von
Herrn O. —r in D.

Vor dem Stadtgerichte zu D. erhob A. wider den Gastwirth H. im Jahre 1852 eine Klage folgenden Inhalts:

Er, A., sei am 16ten Juli 1852 Abends nach 10 Uhr in dem Gasthofe des Beklagten eingekehrt und habe zu diesem Ende ein Zimmer in erster Etage angewiesen erhalten. Als er kurz vor 12 Uhr sich zu Bett legen wollen, habe er

1) ein Portemonnaie mit 35 Thalern Gold und mehrere Tresorscheine,
2) ein Portefeuille mit wenigstens 67 Thalern und einem Reisepasse,
3) eine goldene Uhr mit goldener Kette und mehreren daran befindlichen Gegenständen,
4) ein Notizbuch und
5) ein goldenes Feuerzeug

in der Schieblade des dicht am Kopfende des Bettes stehenden Nachttisches verwahrt und sich, mit dem Kopfe nach dem Nachttische zugewendet, ins Bett gelegt.

Am andern Morgen zwischen 5 und 6 Uhr habe er nach seiner Uhr sehen wollen und dabei bemerkt, daß ihm die sub 2. 3. und 4. angegebenen Gegenstände entwendet worden wären. Er berechnete die entwendeten Gegenstände also:

ad 2. das Portefeuille wäre 1 Thlr. 15 Ngr. —₰ werth gewesen, da er solches dafür einige Tage zuvor gekauft hätte, darin hätten sich mindestens 67 Thaler Banknoten und Tresorscheine befunden, endlich hätte er für den Reisepaß, der wahrscheinlich im September 1850 in Frankfurt a. M. ausgefertigt worden wäre, 3 Gulden rheinisch oder 1 Thlr. 23 Ngr. 2 Pf. bezahlt;

ad 3. die Uhr, welche er nebst den daran befindlichen Gegenständen näher beschrieb, hätte mindestens einen Werth von 130 Thlrn. —₰ —₰ oder (es war nämlich hier in der Klage eine Rasur) 136 Thlrn. —₰ —₰ gehabt;

ad 4. erwähnte er, daß in dem Notizbuche verschiedene Papiere und Visitenkarten gewesen wären, er berechnete jedoch dafür etwas nicht.

Er forderte von dem Beklagten den Werth der ad 2. und 3. gedachten Gegenstände sammt Zinsen von Zeit der erhobenen Klage an und Kostenerstattung, indem er dem Beklagten über den Grund der Klage den Eid antrug.

Beklagter gestand das receptum in so fern zu, als er einräumte, daß dem Kläger von einem seiner, des Beklagten, Leute ein Zimmer in seinem Gasthofe angewiesen worden wäre. Den übrigen Inhalt der Klage verneinte er, unter eventueller Zurückgabe des ihm darüber angetragenen Eides.

In der Hauptsache excipirte er aber, daß der Kläger an dem Verluste selbst Schuld wäre, indem er die Gegenstände in dem mit verschließbaren Kasten und Fächern versehenen Secretär hätte aufbewahren können, statt dessen aber solche seiner eigenen Angabe nach in dem nicht einmal wieder zugeschobenen Tischkasten des ganz nahe an der Eingangsthüre stehenden Nachttisches gelegt hätte, und ohne die Eingangsthüre zum Zimmer zu verschließen oder zu verriegeln, bei brennenden Wachskerzen, eingeschlafen wäre.

Kläger gestand zwar in der Replik zu, die Eingangsthüre zu dem Zimmer nicht verschlossen und verriegelt zu haben, dagegen erklärte er sich auf die Behauptung des Beklagten, daß er das Fach zu dem Nachttische nicht zugeschoben und die Wachskerzen habe brennen lassen, nicht mit Bestimmtheit, — suchte jedoch noch überdies nachzuweisen, daß der im Zimmer befindliche Secretär defect gewesen wäre.

Nach abgesetztem ersten Verfahren ertheilte das Proceßgericht nachstehenden Bescheid:

„Daß Klägers Suchen — da die Verantwortlichkeit des Gastwirths wegen der Sicherheit der von ihm aufgenommenen Effecten seiner Gäste dann, wenn diese durch Nichtbeobachtung der gemeinsten Vorsichtsregeln zu dem sie betreffenden Verluste muthmaaßlich selbst Veranlassung gegeben haben, hinwegfällt,

vergl. außer den Bl. — citirten Schriftstellern
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, §. 451.
Puchta, Pandekten, §. 314.
Seuffert, Pandektenrecht, §. 405.
Funkhänel, über die de recepto actio, p. 6.
Wochenblatt v. J. 1852, S. 113 flg.

wie denn auch, nach bekannten Regeln der Auslegungskunst, daraus, daß das im vierten Buche tit. 9. der Digesten aufbewahrte und commentirte prätorische Edict jenes Ausnahmefalles speciell nicht gedenkt, auf dessen Nichtanwendbarkeit in dem den Gegenstand des Edicts bildenden Rechtsverhältnisse keineswegs geschlossen werden darf, nun aber Kläger, indem er geständlich die in Beklagtens Gasthofe ihm angeblich abhanden gekommenen Gegenstände nur in einem Tischkasten verwahrte (Bl. — flg.) und seine Zimmerthüre während der Nachtzeit unverschlossen ließ, obwohl er bemerkt hatte, daß auf den vor seinem Zimmer befindlichen Vorsaal die Thüren mehrerer Gastzimmer gingen, deren Folgen ihn allein treffen können,

cfr. L. 203 sq. de R. J. —

in der angebrachten Maaße nicht Statt hat, derselbe auch die erwachsenen Proceßkosten, wovon die außergerichtlichen einer Abminderung nicht bedürfen, ab- und zu erstatten schuldig ist.

Von Rechtswegen."

Gegen diesen Bescheid appellirte der Kläger, es erkannte aber das Königl. Appellationsgericht zu Dresden:

„Daß der Bl. — zu lesende, am 7ten December 1852 bekannt gemachte Bescheid, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, die durch das gebrauchte Rechtsmittel erwachsenen Kosten aber unter den Parteien gegeneinander aufzuheben ꝛc.

Entscheidungsgründe.

Dem Grundsatze, auf welchem die Entscheidung voriger Instanz beruht, daß die Verbindlichkeit des Gastwirths, für das Abhandenkommen der von den bei ihm einkehrenden Gästen mitgebrachten Effecten während der Dauer ihres Aufenthaltes in seinem Gasthause einzustehen, dann sich erledige, wenn der Gast selbst durch Vernachlässigung der gemeinsten Vorsichtsmaaßregeln zu dem ihm betroffenen Verluste Veranlassung gegeben habe, indem dann die allgemeine Regel eintrete: quodquis culpa sua damnum sentit, non sentire videtur, ist an sich beizupflichten.

Vergl. außer den Bl. — citirten Schriftstellern noch
Glück, Erläuterung der Pandekten, Theil VI. S. 138.
Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Th. II. §. 343. 5te Auflage.
Unterholzner, Lehre von d. Schuldverhältnissen. Th. II. §. 695. S. 734.
Sintenis, das prakt. gemeine Civilrecht, Th. II. §. 120. S. 694. 695. 698.

Bei Beurtheilung der Frage aber, ob im einzelnen Falle bei einem eingetretenen Verluste, insonderheit einer vorgefallenen Entwendung, eine solche eigene Verschuldung des dadurch benachtheiligten Gastes vorliege, welche den Gastwirth seiner Verpflichtung für den in seinem Hause vorgekommenen Diebstahl dem Verletzten Ersatz zu leisten, enthebe, ist jedesmal mit sorgfältiger Berücksichtigung der Verhältnisse des concreten Falles zu verfahren und darnach das Maaß der von dem Gaste zu verlangenden Vorsicht und die Größe seiner etwa begangenen Nachlässigkeit zu bestimmen.

Eine allgemeine Regel, daß der in einem Gasthofe einkehrende Fremde verbunden sei, des Nachts das von ihm bewohnte Zimmer, in welchem er schläft, zu verschließen oder zu verriegeln, läßt sich

nicht aufstellen. Denn es lassen sich viele Gründe denken, welche einen Gast abhalten können, dies zu thun, z. B. die Absicht wegen möglicher Feuersgefahr oder plötzlich eintretender Krankheitsfälle, oder Behufs des Weckens am frühen Morgen, dritten Personen, namentlich dem Dienstpersonale des Gasthofs, den erforderlichen freien Eintritt in das Zimmer zu sichern, und es darf überhaupt nach der strengen, vermöge der Vorschrift der Gesetze, den Gastwirth treffenden Verantwortlichkeit der einkehrende Gast wohl von der Voraussetzung ausgehen, daß der Erstere zur Nachtzeit gegen den Eintritt dritter unbefugter Personen das Haus bewahren und für die Sicherheit seiner Gäste gegen Diebstahl in den ihnen angewiesenen Zimmern Sorge tragen werde, daher eine Absperrung des eignen Zimmers während der Nachtstunden, so lange namentlich der Bewohner sich selbst darin aufhält, als unbedingt nöthig und als eine Sache der gemeinsten Vorsicht nicht so schlechthin betrachtet werden kann.

Indessen ist auf der andern Seite auch nicht außer Acht zu lassen, daß in den Gasthöfen größerer Städte, in welchen ein lebhafter Verkehr und ein großer Zusammenfluß von Fremden Statt findet, welcher die sorgfältigere Ueberwachung des Einzelnen erschwert und die Gefahr der unbemerkten Entwendung von Sachen sogar aus den Zimmern der Gäste, sobald diese nicht selbst darüber Aufsicht führen, Seiten dritter Personen erhöht, allerdings in dieser Beziehung eine größere Vorsicht von den Gästen mit Recht verlangt werden mag, und es läßt sich nicht verkennen, daß, wer Sachen von bedeutendem Werthe, namentlich größere Summen Geldes, bei sich führt, bei deren Verwahrung zur Nachtzeit in seinem eignen Zimmer, ehe er sich dem Schlafe überläßt, durch welchen er an der Obsichtführung verhindert wird, Vorkehrungen zu treffen suchen muß, um dieselben vor Entwendung zu schützen. Die nächste und einfachste Vorsichtsmaaßregel ist dabei nun freilich die, das Zimmer von innen zu verschließen oder zu verriegeln. Will aber der Gast aus besonderen Gründen dies nicht thun, so muß er dann wenigstens im Zimmer die fraglichen, der spurlosen Entwendung leicht ausgesetzten, werthvollen Gegenstände, deren er zur Nachtzeit nicht bedarf, so verwahren, daß sie vor einer schnell und unbemerkt zu vollziehenden Entwendung möglichst sicher gestellt sind. Läßt er aber das Zimmer unverschlossen und dabei dennoch solche Effecten an leicht zugänglicher Stelle offen und unverwahrt liegen, während er sich der Ruhe überläßt, so macht er sich allerdings einer großen Unvorsichtigkeit schuldig, sobald namentlich noch hinzukommt, daß sein Zimmer in solcher Lage sich befand, daß leicht ein dritter Unbefugter sich Zugang dazu verschaffen konnte. Denn selbst im eigenen Hause wird unter der zuletztgedachten Voraussetzung kein irgend vorsichtiger Mann derartige Gegenstände ohne Verwahrung und Aufsicht zur Nachtzeit umher liegen lassen.

Umstände der nurerwähnten Art treffen im vorliegenden Falle zusammen, wie bereits in voriger Instanz nachgewiesen worden. Außer der goldnen Uhr, bei welcher allerdings, wenn sie für sich allein in Betracht käme, die Rücksicht eintreten würde, daß der Kläger ihrer zur Nachtzeit oder gleich beim Erwachen bedurfte, und daher ihm nicht zugemuthet werden konnte, sie besonders zu verwahren, besaß Kläger, seinem eignen Anführen nach, eine Brieftasche, in welcher sich sein Paß und 67 Thlr. —,—, in Cassenbillets befanden. Legte er nun, wie er eingeräumt hat, diese letzteren Gegenstände in einen offenen, jedem Eintretenden sofort leicht zugänglichen Tischkasten, statt sie z. B. in einer Schieblade des nach seinem Zugeständnisse Bl. — vorhandenen Secretärs, dessen oberer Theil nur nach seinem Anführen defect gewesen sein soll, zu verwahren, und ließ dabei das Zimmer, welches auf einen mehreren Zimmern gemeinschaftlichen Vorsaal sich öffnet, unverschlossen, während er sich zum Schlafe niederlegte, so muß darin allerdings ein Mangel der gewöhnlichsten Vorsicht erblickt werden.

Wollte man übrigens im vorliegenden Falle noch zwischen der Uhr und der Brieftasche, in welcher sich Paß und Geld befanden, unterscheiden, so würde doch auch hinsichtlich der Uhr mit der dazu gehörigen goldenen Kette die Klage immer noch als unstatthaft erscheinen, weil der Kläger darüber, daß diese Uhr mit Kette und den daran befindlich gewesenen Gegenständen zusammen 136 Thlr. —,—, werth gewesen sei, sich des Eidesantrags bedient hat, der Eid aber in dieser Allgemeinheit, namentlich über den Werth, dessen Ersatz Kläger von Beklagtem beansprucht, nicht angetragen werden kann.

Aus diesen Gründen war die in voriger Instanz ausgesprochene Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße und Klägers Verurtheilung in Erstattung der Proceßkosten in Gemäßheit der Vorschrift der Erl. Proceßordnung ad tit. V. §. 3. zu bestätigen.

Die Kosten des gebrauchten Rechtsmittels aber hat Man zu compensiren sich bewogen gefunden, weil die rechtliche Beurtheilung der Sache allerdings verschiedene Zweifel zuläßt, und die Gründe der vorigen Instanz einer Erläuterung und Modification bedurften."

Auf die Appellation des Klägers gegen dieses Urthel reformirte das Oberappellationsgericht in nachstehender Maaße:

„Daß es bei nurangezogenem Urthel und der darin bestätigten Entscheidung der ersten Instanz, mit Ausnahme desjenigen, was über die Kosten der zweiten Instanz erkannt worden ist, als wobei es bewendet, auf die eingewendete Appellation nicht zu lassen, sondern würde der Kläger den über den 5ten bis mit 14ten, 16ten bis mit 19ten, 23sten, 24sten, 27sten bis mit 49sten, 83sten bis mit 146sten Einlassungssatz angetragenen, Bl. — zurückgegebenen Eid in der Maaße,

daß er am 16ten Juli 1852 gegen zwölf Uhr Nachts in dem ihm angewiesenen Zimmer des Hôtel de — zu D. die Bl. — unter Nr. 1. näher beschriebene goldene Uhr nebst goldener Kette und mehreren daran befindlichen Gegenständen, ingleichen das Bl. — unter Nr. 2. bezeichnete Portefeuille mit mindestens 67 Thalern in Banknoten und Tresorscheinen in dem Tischkasten des dicht am Kopfende des Bettes stehenden Nachttisches aufbewahrt habe, und diese Gegenstände und Gelder in der Nacht von Zeit der Aufbewahrung in dem Tischkasten an bis fünf oder sechs Uhr des anderen Morgens entwendet worden seien, ingleichen, daß die goldene Uhr nebst goldener Kette und übrigen daran befindlichen Gegenständen mindestens 130 Thaler werth gewesen sei, der Kläger auch für das Portefeuille wenige Tage vorher 1 Thlr. 15 Ngr. bezahlt habe,

schwören, so ist der Beklagte 198 Thlr. 15 Ngr. sammt Zinsen des Verzugs, von Zeit der erhobenen Klage an gerechnet, dem Kläger zu bezahlen, auch die in erster Instanz erwachsenen Kosten dem ersteren zu erstatten verbunden.

Die in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten werden zwischen den Parteien aufgehoben und verbleiben die Extrajudicialien, ingleichen die Judicialien ohne Abgang.

Von Rechtswegen.

Entscheidungsgründe.

Ueber die Zulässigkeit der Appellation kann kein gegründeter Zweifel obwalten. Wenn man nämlich auch bei Berechnung des Streitgegenstandes den Werth der unter Nr. 1. angegebenen Uhr blos zu 130 Thalern annimmt, so verbleiben einschließlich der für den mitentwendeten Reisepaß geforderten 1 Thlr. 23 Ngr. 2 Pf. immer noch 200 Thlr. 8 Ngr. 2 Pf. in lite, und selbst wenn man den gedachten Betrag für den Reisepaß, obschon derselbe ausdrücklich mit petirt worden ist, um deswillen nicht in Anschlag bringen wollte, weil, wie weiter unten gezeigt werden soll, der Anspruch des Klägers darauf materiell nicht begründet ist, so würde dennoch immer noch eine Summe von 198 Thlrn. 15 Ngr. übrig bleiben, welche, einschließlich der in Gemäßheit des Erläuterungsgesetzes vom 13ten Januar 1838. §. 1. a. von Insinuation der Klage an bis zum Tage der Publication des zweiten Erkenntnisses mit zu berechnenden Verzugszinsen, die appellable Summe erreichen würde.

Soviel die Hauptsache anlangt, so hat man die beiden vorigen Erkenntnisse, welche die Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen haben, aus nachfolgenden Gründen in der im vorstehenden Urthel enthaltenen Maaße reformirt.

Der Beklagte hat das receptum in dem 2ten und 4ten Einlassungsabschnitte hinreichend zugestanden. Denn wenn schon derselbe in der Bemerkung zu dem 4ten Einlassungsabschnitte behauptet hat, daß ihm völlig unbekannt sei, von wem der Kläger das Zimmer in seinem, des Beklagten, Gasthause angewiesen erhalten habe, so ist doch hierauf ein rechtliches Absehen nicht zu richten gewesen, weil zwar der Gastwirth nicht durch jeden seiner Dienstboten verpflichtet wird,

l. 1. §. 5. D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.

dennoch von demjenigen Dienstboten, welcher die Schlüssel zu den Fremdenzimmern in den Händen hat, um den Fremden Quartiere anzuweisen, im Zweifel anzunehmen ist, daß er zu Aufnahme der Fremden berechtigt sei.

Durch die Aufnahme des Klägers wurde der Beklagte nach den noch im heutigen Rechte gültigen Grundsätzen über das receptum verpflichtet, für die Sicherheit der Gegenstände und Gelder zu sorgen, welche der Kläger in das Gasthaus inferirte.

l. 1. §. ult. l. 5. §. 7. pr. D. nautae, caupones etc.

Namentlich bedurfte es keiner besonderen Ueberweisung zur Beaufsichtigung, vielmehr genügte die bloße Einbringung in das Gasthaus,

l. 1. §. 8. D. eod.

um den Beklagten in der angegebenen Weise für verbunden zu betrachten, und wenn schon die Vorschrift in den Gesetzen, namentlich

l. 3. pr. l. 4. pr. D. eod.,

es habe der Gastwirth in Beziehung auf die von dem Fremden eingebrachten Effecten und Gelder auch für die Gefahr zu haften, nicht uneingeschränkt zu erklären ist, so steht dennoch, wenn der Fremde durch Diebstahl oder sonst einen Verlust erlitten hat, gegen den Gastwirth eine Klage auf Restitution der Sachen

so lange zu, als nicht bewiesen werden kann, daß die Unmöglichkeit der Restitution durch eine von außen her eingetretene vis major herbeigeführt worden sei.

l. 3. §. 1. und 2. D. eod.

Es folgt hieraus, daß, wenn der Kläger, wie in der Klage angegeben, die Bl. — näher bezeichneten Gegenstände und Gelder in des Beklagten Gasthaus gebracht hat, und solche, wie ebenfalls in der Klage behauptet wird, während der Nacht diebisch entwendet worden sind, der Beklagte zur vollen Ersatzleistung gehalten ist, dafern von ihm nicht auf das Vorhandensein einer solchen Ausnahme, wie der eben gedachten, sich bezogen werden kann. In dieser Weise hat nun aber der Beklagte gar nicht excipirt.

Derselbe hat Bl. — angeführt, daß der Kläger an dem erlittenen Verluste selbst Schuld sei, indem er die zur sicheren Aufbewahrung seines Eigenthums ihm gebotenen Mittel nicht benutzt, namentlich die ihm, seinem Anführen nach, gestohlenen Sachen nicht in dem im Zimmer befindlichen verschließbaren Secretär, sondern in dem Tischkasten des am Kopfende des Bettes stehenden Nachttisches aufbewahrt und, ohne den Tischkasten zuzuschieben, ohne die Zimmerthüre zu verschließen oder zu verriegeln, ohne endlich die Wachskerzen auszulöschen, sich zu Bett gelegt und dem Schlafe überlassen habe. In dieser Beziehung stehen auch dem Beklagten die Zugeständnisse des Klägers zur Seite, indem der letztere die gedachten Angaben des Beklagten in der Replik, mit alleiniger Ausnahme des behaupteten Nichtzuschiebens des Tischkastens und Nichtauslöschens der Wachskerzen, nicht in Abrede zu stellen vermocht hat. Dessenungeachtet ist man der Ansicht der vorigen Instanzen, daß die Klage auf Grund der Geständnisse des Klägers in der angebrachten Maaße abzuweisen sei, nicht beigetreten.

Zwar läßt sich nicht bezweifeln, daß die Verantwortlichkeit des Gastwirths den Fremden der eigenen Aufsicht und sein Reisegebäck, worunter nicht blos das eigentliche Gepäck, sondern auch die Kleidungsstücken und die baaren Gelder begriffen sind, nicht überhebt, namentlich aber der Fremde die Vergütung eines Schadens nicht verlangen kann, welchen er selbst durch Unterlassung der eigenen Diligenz veranlaßt hat. Auch besteht in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen dem Falle eines Diebstahls, und dem Falle eines Untergangs oder einer Beschädigung der Sachen auf andere Weise, indem, soviel insbesondere den ersteren Fall angeht, die Klage gegen den Gastwirth zum Beispiele ausgeschlossen sein würde, wenn der Fremde, ohne die Thür seines Zimmers zu verschließen, ausgegangen und während seiner Abwesenheit ein Diebstahl an dem im Zimmer niedergelegten Reisegepäcke verübt worden wäre. Indessen läßt sich dies nicht insoweit ausdehnen, daß der Fremde auch für verbunden anzusehen wäre, zur Nachtzeit, bevor er sich dem Schlafe überläßt, entweder die Thür zu dem Zimmer zu verschließen und zu verriegeln, oder seine werthvolleren Sachen in den im Zimmer befindlichen verschließbaren Behältnissen aufzubewahren. Denn eine solche Vorsicht pflegt zur Sicherung des Eigenthums in der eigenen Wohnung nicht für erforderlich gehalten zu werden. Und wenn selbst von besonders ängstlichen und alle denkbaren Gefahren fürchtenden Menschen es anders gehalten werden sollte, so läßt sich doch mindestens nicht behaupten, daß derjenige, welcher eine solche Vorsicht in der eigenen Wohnung unterläßt, selbst die Schuld trage, wenn er bestohlen worden sei. Jedenfalls wird aber das Verhältniß des Gastes zu dem Gastwirthe nicht zu streng behandelt, wenn dem Gaste es nicht zur Schuld angerechnet wird, daß er in dem Gasthofe sich für so sicher hält, als in der eignen Wohnung, und daher bei Ueberwachung seiner in den Gasthof gebrachten Sachen keine größere Sorgfalt verwendet, als er in der eigenen Behausung für angemessen und nöthig zu halten pflegt, wenn man zumal dabei berücksichtigt, daß aus dem receptum die Verbindlichkeit des Gastwirths, für die Sicherheit der Güter des Fremden möglichst Sorge zu tragen, hervorgeht.

Nach den vorstehend angegebenen Grundsätzen ergiebt sich von selbst, daß ein solcher Unterschied, wie ihn die zweite Instanz macht, sich schlechterdings nicht rechtfertigen läßt. Ebenso liegt auf der Hand, daß die beiden factischen Momente, welche, wie bereits oben erwähnt worden ist, der Kläger in der Replik wenigstens nicht ausdrücklich zugestanden hat, nämlich das Nichtzuschieben des Tischkastens, und Nichtauslöschen der Wachskerzen, für die rechtliche Beurtheilung des exceptivischen Anführens des Beklagten ohne entscheidenden Einfluß sind, und es bedarf daher auch nicht erst eines Hinweises darauf, daß namentlich das letztere Moment selbst bei einer andern denkbaren Ansicht von dem Verhältnisse weit eher gegen, als für den Beklagten sprechen würde.

Der Beklagte hat den Besitz der angegebenen Gegenstände und Gelder Seiten des Klägers, das behauptete factum furti und den angegebenen Werth der Gegenstände, in Abrede gestellt, und den ihm von dem Kläger darüber angetragenen Eid zurückgegeben. Es war daher auf dieses relatum zu erkennen und von dessen Leistung die Verurtheilung des Beklagten abhängig zu machen.

Die zweite Instanz hat rücksichtlich der gestohlenen goldenen Uhr sammt goldener Kette und übrigen Gegenständen sich den Zweifel gemacht, ob der Eidesantrag über den für diese Kette geforderten Werth für zulässig zu betrachten sei. Indessen erledigt sich auch dieser Zweifel durch folgende Erwägung:

Nach der klaren Vorschrift der

l. 1. pr. D. nautae, caupones etc.

ist die actio in factum ex recepto eine sogenannte actio rei persecutoria.

Das Wesen dieser Gattung von Klagen besteht darin, daß zunächst die Restitution des Gegenstandes in natura, und eventuell, wenn diese Restitution nicht möglich ist, das Interesse gefordert werden kann. Es hätte daher der Kläger Ausantwortung der fraglichen Uhr in natura petiren können, und es würde dies die Folge gehabt haben, daß, wenn der Beklagte in dessen Gemäßheit verurtheilt und die Uhr bei einer Hülfsvollstreckung bei ihm nicht gefunden worden wäre, der Kläger nach §. 73. des Executionsgesetzes das Recht gehabt hätte, den Werth der Uhr und den Betrag seines etwaigen Interesses eidlich anzugeben und die angezeigte Summe als eine Geldschuld von dem Beklagten einbringen zu lassen. Dieses weitläuftige Verfahren ist durch das auf den Werth der Uhr gerichtete Klaggesuch abgekürzt worden, und wenn schon hiernach der in gegenwärtigem Urthel dem Kläger wegen des Werthes der Uhr in Form eines relati zuerkannte Eid mehr die Natur eines juris jurandi in litem hat, so kann doch der Beklagte, zumal er nirgends sich darauf bezogen hat, daß er in natura restituiren könne, sich um deswillen nicht beschwert fühlen, weil dadurch ein ihn jedenfalls treffender Kostenaufwand erspart wird, und der jetzt erkannte Eid insofern, als solcher blos auf den wahren Werth der Uhr ohne Interesse geht, weniger enthält, als das jus jurandum in litem, dessen der §. 73. des Executionsgesetzes gedenkt.

Uebrigens war als geforderter Werth für die fragliche Uhr nur die Summe von 130 Thalern anzusehen, weil, auch selbst abgesehen davon, daß nach der Rasur Bl. — es völlig ungewiß bleibt, ob die petirte Summe 130 Thaler oder 136 Thaler beträgt und im Zweifel auf das minus zu erkennen ist, dem Beklagten bei der Abfassung der Einlassung auf die Klage eine Abschrift der Klagschrift vorgelegen hat, in welchem die geringere Summe an 130 Thalern gestanden hat.

Auf den mitentwendeten Reisepaß war bei der Entscheidung keine Rücksicht zu nehmen, weil der Paß im September 1850 ausgestellt und zur Zeit der Entwendung beinahe abgelaufen gewesen ist, und daher der Betrag, welchen der Kläger für solchen bezahlt hat, nicht als Maaßstab für den Werth desselben zur Zeit der Entwendung gelten kann.

Aus diesen Gründen war so, wie im vorstehenden Urthel geschehen, zu erkennen. Die Compensation der Kosten der zweiten und der gegenwärtigen Instanz bedarf nach Lage der Sache keiner besonderen Rechtfertigung."

Obschon der Beklagte gegen dieses Urthel appellirte, so sprach dennoch die Leuterungsinstanz im Jahre 1854 eine reine confirmatoria:

„Daß erwähntes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen. Die fernerweit aufgelaufenen Kosten werden zwischen den Parteien aufgehoben rc.

Von Rechtswegen.

Entscheidungsgründe.

Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften des römischen Rechts bezüglich des Titels: Nautae, caupones etc. kann kein gegründeter Zweifel erhoben werden; denn wenn auch viele der Motiven weggefallen sein dürften, welche von der Eigenschaft derjenigen hergenommen worden sind, welche zur Zeit der römischen Juristen und Gesetzgeber das Gewerbe der Beherbergung Fremder oder ein ähnliches trieben; so mag man doch nicht behaupten, daß nicht der Zweck jener Vorschriften, das reisende, auf die Sicherheit der Gasthöfe rechnende Publikum möglichst vor Verlusten zu bewahren, noch heute derselbe sei.

Die schärfere Haftungsverbindlichkeit der Gastwirthe tritt nach geschehener Aufnahme des Fremden mit seinen Effecten sofort ein,

L. 1. §. 8. D. nautae, caupones etc.

und sie ist in der Regel eine unbedingte.

L. 1. §. 5. L. 3. pr. L. 4. D. nautae, caupones etc.

Gewisse Vorsichtsmaaßregeln, wodurch sich der Wirth die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit erleichtern kann, sind mit jenen strengen Vorschriften vereinbar.

m. vergl. Wochenblatt vom Jahre 1852, Seite 113 flg.

Hat jedoch der Gast durch eigne Fahrlässigkeit den Schaden erlitten, so tritt eine Verbindlichkeit des Inhabers des Gasthauses nicht ein. Die Beurtheilung der Handlungen oder Unterlassungen seiten des Gastes nach dieser Richtung hin muß, wie sich von selbst versteht, nur nach den jedesmal vorliegenden thatsächlichen Umständen geschehen, wobei man davon auszugehen haben wird, es sei der Gast dieselbe Sicherheit zu verlangen berechtigt, welche er,

nach seiner Gewohnheit zu handeln und sich zu benehmen, in der eignen Wohnung zu erwarten hatte.

Betrachtet man nun hiernach die vorliegende Sache, so kann man in den Handlungen, welche Beklagter dem Kläger zum Vorwurf macht und hieraus die eigne Verschuldung des letzteren herzuleiten sich bestrebt hat, auch nach nochmaliger Erwägung der Sache nicht solche Unvorsichtigkeiten und Vernachlässigungen erkennen, welche unter den Begriff der eignen Verschuldung sich bringen lassen. Diese Handlungen sind Bl. — zusammengestellt und man verweiset auf jene Actenstelle.

Man kann zugeben, daß viele Gäste diese Thüre verschlossen, und die Sachen von Werth in den Schreibtisch gelegt und darin verwahrt haben würden, allein daraus folgt nicht, daß der Fremde, welcher diese Vorsicht nicht anwendete, nachlässig gewesen sei, er ist höchstens nicht so vorsichtig gewesen, wie andere, allein eine solche Vorsicht zu verlangen, war der Wirth nicht berechtigt. Wenn andere dies thaten, so besorgten sie nach ihrer Weise einen Theil der Pflichten, welche dem Inhaber des Gasthofes, wenn auch in anderer Modalität, z. B. durch sorgsame Bewachung ꝛc., oblagen; dazu aber giebt es für die Fremden keine positiv erzwingbare, daher auch ihnen, im Falle der Unterlassung, nicht Schaden bringende Verbindlichkeit.

Der Fremde kann annehmen, daß ein Gasthaus in der Nacht verschlossen und unter Aufsicht gestellt sei. Es bleibt also in der Regel nur die Möglichkeit übrig, daß ein Verlust durch die eignen Leute des Wirthes oder durch andere zugleich Einkehrende drohe.

Für den ersten Fall ist die Verbindlichkeit des Wirthes eine unbedingte, er hat für seine Leute ohne alle Ausnahme zu stehen, eben so leistet er Gewähr für die Handlungen derjenigen, welche nicht blos im Gasthause einkehren, sondern dort beständig wohnen.

L. unic. §. ult. D. furti adversus nautas. (XLVII. 5.)

Die deshalb zuständige Klage ging nach römischem Rechte auf das Doppelte und das hiernach sich darstellende Rechtsverhältniß ist ein der eignen unerlaubten Handlung analogisches (obligatio quae quasi ex delicto nascitur).

conf. §. 3. Inst. de obligat. quae quasi. (IV. 5.)

Für den zweiten Fall, wenn durch Fremde, zugleich mit dem Beschädigten im Gasthause sich aufhaltende, die Entwendung geschieht, tritt zwar nicht ein der eignen Verschuldung des Wirthes entsprechendes Verhältniß, wie bei dem Quasidelict ein, weil er die Reisenden nicht zurückweisen kann,

L. unic. §. 6. D. furti adversus nautas,

wohl aber die strenge Verbindlichkeit aus dem Receptum, und diese nur dann nicht, wenn die eigne Fahrlässigkeit des Fremden Veranlassung des Verlustes war.

Diese Fahrlässigkeit ist aber nicht anzunehmen, wenn sich der Fremde nicht durch besondere Maaßregeln gegen die etwa mit ihm zugleich als Reisende das Gasthaus Bewohnenden schützte, sondern so handelte, wie er auch in der eignen Behausung handeln konnte, ohne sich dem Vorwurf einer Fahrlässigkeit auszusetzen.

Die Aufnahme des Fremden ist ein contractähnliches Verhältniß, der Wirth leistet durch dieselbe Garantie und macht sich verbindlich zur Rückgabe dessen, was der Fremde mit sich aufnehmen ließ,

L. 1. pr. D. nautae, caupones, etc.

und nur, wenn der Fremde durch eigne Verschuldung diese Garantie unmöglich macht, fällt sie weg, wie in dem wirklichen Contract, wo einer der Contrahenten die Erfüllung seiten des Anderen vereitelt; daß dies aber in einem Falle, wie der vorliegende, nicht dadurch geschieht, wenn der Gast sich nicht besonders schützt, liegt im Wesen der Sache.

Wenn nun Appellant auch noch jetzt darauf zurückkommt, daß man nicht wisse, ob eine zur Aufnahme autorisirte Person den Kläger aufgenommen habe, so muß dieser Grund wiederholt zurückgewiesen werden, da, abgesehen von allem Anderen, der Kläger, wie Beklagter selbst gesteht, nachdem er gleich nach der Ankunft ausgegangen, in der Nacht durch die Leute des Beklagten eingelassen worden, und somit auch die erste Aufnahme wiederholt factisch anerkannt worden ist. Auch hat Kläger mit Recht darauf hingewiesen, daß dieser Einwand schon im Allgemeinen ein grundloser sei.

Wenn Beklagter auf das Nichtverschließen der Thüre zurückkommt, so ist dieser Punkt ebenfalls in den vorigen Gründen beurtheilt worden, und man kann sich auf diese Gründe beziehen und selbst das Urthel zweiter Instanz hatte hierin nicht unbedingt eine Nachlässigkeit gefunden.

Wenn nun in den Gründen eben dieses Urtheils und in der Appellationsausführung hierbei in der Frequenz in Gasthöfen größere Städte ein Grund für die Nothwendigkeit jener Maaßregel gefunden wird, so muß man darauf verweisen, daß die für den Nichtverschluß sprechenden Motiven, z. B. die Furcht vor Hülflosigkeit im Fall eines Unwohlseins und andere, ihrem Werthe und ihrer Geltung nach nicht davon abhängen können, ob ein Gasthof in einer größeren oder minder größeren, frequenteren oder minder frequenteren Stadt sich befinde.

Wenn endlich der Appellant darauf hinweiſet, daß derjenige auch in ſeiner eignen Behauſung die größte Fahrläſſigkeit begehe, welcher die Thüre, die auf den gemeinſchaftlichen Vorſaal geht, nicht verſchließe, ſo iſt darauf zu erwidern, daß dies auch dann in der eignen Wohnung keine Fahrläſſigkeit ſein würde, wenn der Bewohner vorausſetzen darf, es ſei für die Bewachung des Vorſaals gehörig geſorgt.

Soviel das Bergen der Effecten in den Secretär betrifft, ſo kann man dies im Allgemeinen nicht als eine Verbindlichkeit, um Schaden zu vermeiden, anſehen, am wenigſten bei Gegenſtänden, welche ihrer Natur und Beſtimmung nach dem Fremden zur Hand ſein ſollen, z. B. eine Uhr."

## 65.

### Zu Artikel 242. und 246. des Criminalgeſetzbuchs.

Mitgetheilt von

Herrn W. J. in H.

W. hatte vom Factor der Maſchinenweberei bei A., wo drei Kinder W.'s in Arbeit ſtanden, eine ihrem Weſen nach für eine Anweiſung auf deren künftigen Arbeitslohn geltende Beſcheinigung erhalten, um darauf hin von dritter Perſon ein Darlehn von 25 Thlrn. —ˢ —ˢ ſich verſchaffen zu können. Dieſes Document wußte B. dem W. unter dem Verſprechen abzulocken, daß er das Darlehnsgeſchäft vermitteln werde. Anſtatt die in letzterer Beziehung nöthigen Schritte zu thun, producirte er ſelbſt den fraglichen Schein bei der Verwaltung der Maſchinenweberei, erhob darauf unter dem Vorgeben, daß er W.'n ein Capital von 25 Thlrn. —ˢ —ˢ vorgeſchoſſen habe, in Abweſenheit des Factors W. von der verehel. H. eine Summe von 5 Thlrn. —ˢ —ˢ und verwendete dieſelben in ſeinen Nutzen.

Das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau ſah dieſe Handlungsweiſe des B. beſage eines am 9ten Juni 1853 publicirten Erkenntniſſes als Veruntreuung an. Das Königl. Oberappellationsgericht aber erblickte hierin nur einen Betrug in Vertragsverhältniſſen und gab hierfür in dem am 13ten Auguſt 1853 publicirten Erkenntniſſe folgende Gründe:

„Veruntreut oder unterſchlagen kann nur ein ſolcher beweglicher Gegenſtand oder eine ſolche Summe werden, welche für eine andere Perſon beſeſſen wird. Um alſo eine Geldſumme zu unterſchlagen, muß der Beſitzende ſich bewußt ſein, daß nicht er, ſondern ein Anderer der Eigenthümer der Summe ſei, er muß vom Eigenthümer die Summe erhalten haben, um in einer von dieſem beſtimmten Weiſe damit zu gebahren, oder von einem Dritten, um für den Empfangsberechtigten kürzer oder länger zu beſitzen.

Nun hat B. von W. nach deſſen eidlicher Angabe Bl. — flg. zwar den Auftrag gehabt, ihm 25 Thlr. —ˢ —ˢ zu verſchaffen, auch die Ermächtigung erhalten, ſich dabei zur Sicherung des Darleihers des vom Factor W. ausgeſtellten Scheines zu bedienen, allein zur Empfangnahme kleinerer Darlehne war er weder durch W. ermächtigt, noch hat er ſich dazu nach ſeiner eigenen Angabe als ermächtigt betrachtet, die H. aber, als ſie an B. die 5 Thlr. —ˢ —ˢ ausgezahlt, hat nach ihrer Ausſage Bl. — verbunden mit Bl. — dieſe Auszahlung nicht bewirkt, damit das Geld an W. gelange, ſondern, wie Man nicht anders annehmen kann, in der Meinung, einem Gläubiger W.'s eine Zahlung zu leiſten, deren Deckung ihr durch einen Anſpruch W.'s an die A.'ſche Fabrik geſichert ſei.

B. hat alſo weder nach W.'s, noch nach der H., noch nach ſeiner eigenen Meinung die von der H. empfangenen 5 Thaler jemals für W. beſeſſen, ſie alſo auch nicht veruntreuen können.

Wohl aber hat er einen Betrug gegen die H. inſofern befangen, als er dieſelbe durch die unwahre Vorſpiegelung, daß W. ihm Geld ſchuldig ſei, beſtimmt hat, ihm 5 Thlr. —ˢ —ˢ auszuzahlen, und ſie dabei durch Ueberlaſſung der ſchon erwähnten Anweiſung in die Meinung verſetzt, daß ſie wegen dieſer Zahlung durch W. Entſchädigung erhalten werde.

Es beſtand ſonach zwiſchen der H. und B. wenigſtens dem Weſen nach ein Darlehnscontract" ꝛc.

## Miscellen.

**Todesfälle.** Geſtorben: am 5. Mai 1854 der Advocat Gottfried Krauß in Niederſchindmaas; am 21. Mai 1854 der K. S. Staatsminiſter a. D. Bernhard Auguſt von Lindenau in Altenburg; am 23. Mai 1854 der Dr. jur. Bielitz in Wurzen; am 2. Juni 1854 der Landgerichtsactuar Hermann Eduard Geitner in Zittau.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 68 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 34.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 66.

Verjährung der hypothekarischen Klage. — Muß ein späterer Besitzer des Pfandes, wenn er die Besitzzeit des ursprünglichen Schuldners in die Verjährungszeit einrechnen will, die 40jährige Frist für sich haben? — Beginnt die 30jährige Verjährungsfrist des römischen Rechts gegen jeden neuen Besitzer des Pfandes von Neuem zu laufen? — Unterbrechung der Verjährung. — Kann die Verjährung einredeweise oder nur durch Klaganstellung unterbrochen werden? — Unterbrechung derselben durch Anerkenntniß der Forderung oder Hypothek.

(Nachtrag zu dem oben S. 215. No. 51. mitgetheilten Rechtsfalle.)

Mitgetheilt von
Herrn —m— in D.

Auf nochmalige Appellation bestätigte das Königliche Oberappellationsgericht die Entscheidung zweiter Instanz und fügte seinem vom 21. Februar 1854 datirten Erkenntnisse folgende Entscheidungsgründe bei:

„Angehend die Appellation des Klägers.

Da man den dem vorigen Urthel Bl. — beigegebenen umständlichen Rationen im Wesentlichen beistimmt, der Kläger auch vorzüglich nur gegen die Richtigkeit der in voriger Instanz aufgestellten Rechtssätze, weniger gegen die Subsumtion des Factischen unter dieselben etwas zu sagen vermocht hat, so hat man die gegenwärtige confirmatorische Entscheidung lediglich durch nachstehende Bemerkungen zu rechtfertigen für nöthig befunden.

Die Entscheidung der vorigen Instanz beruht zuvörderst auf dem Grundsatze, daß der dritte Besitzer des Pfandes gegen die actio hypothecaria mit einer Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen auch selbst dann sich schützen könne, wenn er sich die Besitzzeit des Pfandschuldners und der Erben des letzteren anrechne. Diesen Grundsatz hat die gegenwärtige Instanz bereits in den im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle, Bd. 12. pag. 221 flg. mitgetheilten Entscheidungsgründen zu rechtfertigen gesucht, und da das von der vorigen Instanz in dieser Hinsicht Bl. — Gesagte im Wesentlichen mit jener Entscheidung übereinstimmt, so kann man sich auf folgende Zusätze beschränken:

1) Die Verjährung der actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer des Pfandes ist weiter nichts, als die gewöhnliche Klagverjährung. Denn schon in der l. 3. Cod. de praescript. XXX vel XL annorum, durch welche die actiones perpetuae der praescriptio XXX annorum unterworfen werden, wird ausdrücklich gesagt, daß die actio hypothecaria, insofern sie nicht gegen den Pfandschuldner selbst, sondern gegen den dritten Besitzer gerichtet ist, der dreißigjährigen Verjährung unterliege.

> Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur: sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur: nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam [jure] in ejus persona valente, qui pignus, vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio [per longum tempus] possidente nititur vindicare.

Ganz anders verhält es ſich dagegen mit der actio hypothecaria gegen den Schuldner und die Erben des letzteren. Dieſe wurden in dem angegebenen Geſetze durch die Worte: „non a suo debitore, sed ab alio possidente“ von der Klagenverjährung ausdrücklich ausgenommen, und obſchon in der l. 4. Cod. eod. die praescriptio XL annorum für alle Klagen eingeführt wurde, welche nach der allgemeinen Vorſchrift der l. 3. Cod. eod. in 30 Jahren nicht erlöſchen, ſo wurde dennoch die actio hypothecaria gegen den Schuldner auch der vierzigjährigen Verjährung nicht unterworfen, vielmehr blieb dieſe Klage eine actio perpetua, bis dieſelbe in der l. 7. pr. §. 1. Cod. eod. auf 40 Jahre beſchränkt wurde.

Das Eigenthümliche der actio hypothecaria gegen den Schuldner und deſſen Erben beſteht alſo darin, daß ſie noch 10 Jahre fortdauert, nachdem die Schuldklage durch Verjährung erloſchen iſt. Man hat nun zwar dieſe Fortdauer des Pfandrechtes nach der Verjährung der Klage auf verſchiedene Weiſe zu erklären verſucht, ohne daß es gelungen wäre, zu einem beſtimmten Reſultate darüber zu gelangen. Indeſſen ſcheint doch ſo viel unzweifelhaft, daß die Beſtimmungen über die Verjährung der actio hypothecaria gegen den Schuldner und deſſen Erben in Verhältniſſen ihren Grund haben, welche bei dem dritten Beſitzer des Pfandes nicht eintreten, und es läßt ſich daher von der Dauer der actio hypothecaria gegen den Schuldner und deſſen Erben auf die Dauer dieſer Klage gegen den dritten Beſitzer, wenn der letztere die Beſitzzeit des Schuldners und deſſen Erben in die Verjährung mit einrechnet, um ſo weniger ſchließen, als die 10 Jahre, während welcher in dem erſteren Falle das Pfandrecht noch fortbeſteht, nachdem die Klage ſchon erloſchen iſt, in die dem dritten Beſitzer des Pfandes zu Statten kommende Klagenverjährung ſich nicht einrechnen laſſen, ſondern ein von dieſer ganz verſchiedenes Plus bilden.

2) Eine weitere Beſtätigung der Meinung, daß die actio hypothecaria gegen den dritten Beſitzer in jedem Falle in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen verjähre, liegt in der angegebenen l. 7. §. 1. Cod. de praescript. XXX vel XL annorum. Denn wenn darin unter Anderem geſagt wird, daß der Unterſchied zwiſchen der actio hypothecaria gegen den Schuldner oder deſſen Erben und der actio hypothecaria gegen den dritten Beſitzer des Pfandes in der Zahl der Jahre beſtehe,

> „ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem aut heredem ejus, quaeque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero; verum in aliis omnibus ambae similes sint: in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit justitia“,

ſo ergiebt ſich, daß es bei der Frage, ob eine dreißigjährige oder vierzigjährige Verjährungsfriſt erforderlich ſei, blos darauf ankommt, ob das Pfand zur Zeit der Anſtellung der Klage von dem Schuldner oder einem Dritten beſeſſen wird, dagegen aber, wenn der letztere Fall vorliegt und die gewöhnliche Verjährungsfriſt abgelaufen iſt, die Perſonen der Beſitzer während dieſes Zeitraumes in den Hintergrund treten.

3) Gegen die hier vertheidigte Meinung wird gewöhnlich der Grund geltend gemacht, daß, wenn man dem dritten Beſitzer des Pfandes geſtatte, bei Berechnung der gewöhnlichen Verjährungsfriſt die Beſitzzeit des Schuldners ſich voll in Anrechnung zu bringen, die Verjährung zum Theil durch einen blos für die vierzigjährige Verjährung geeigneten Beſitz vollendet werde. Indeſſen ſpricht dieſes Argument eben ſo gut gegen die Meinung, daß, wenn der dritte Beſitzer die Beſitzzeit des Schuldners ſich mit anrechne, eine vierzigjährige Verjährung erforderlich ſei, indem darnach rückſichtlich des Ablaufes der Verjährungsfriſt der Beſitz des Singularſucceſſors dem Beſitze des Schuldners und der Erben des letzteren ganz gleichgeſtellt wird. Sollte in dieſer Beziehung eine Conſequenz gelten, ſo müßte die Beſitzzeit des Schuldners nach dem Verhältniſſe berechnet werden, in welchem die vierzigjährige Verjährung zu der gewöhnlichen Klagverjährung ſteht; eine ſolche Proratiſirung der verſchiedenen Theile der Verjährungsfriſt hat aber um ſo mehr Bedenken gegen ſich, als ſie wenigſtens zur Zeit in der Praxis noch keinen Eingang gefunden hat.

4) Was aber vorzüglich für die von der vorigen Inſtanz angenommene Meinung ſpricht, iſt der Umſtand, daß, während den Singularſucceſſoren in den Geſetzen das Recht, die Beſitzzeit ihrer Beſitzvorgänger bei der Verjährung ſich mit anzurechnen, ganz im Allgemeinen zugeſprochen wird,

l. 14. und 15. D. de divers. temporalib. praescript.

l. 76. §. 1. D. contrahend. emt. §. 12. und 13. J. de usucap.

l. un. Cod. de usucap. transform.

ſich nirgends eine Andeutung davon findet, daß die in die Verjährung mit eingerechnete Beſitzzeit der Beſitzvorgänger alsdann zu reduciren ſei, wenn die Singularſucceſſoren aus irgend einem Grunde ein Recht auf eine kürzere Verjährung haben, als diejenigen Perſonen, von welchen ſie den Beſitz der Sache erlangt haben.

Noch weit weniger kann die Meinung der vorigen Instanz einem Zweifel unterliegen, daß der Anfang der Verjährung bei dem dritten Besitzer nicht erst von der Zeit seines eigenen Besitzes an zu rechnen sei. Auch hierüber hat das Oberappellationsgericht sich bereits in dem im Wochenblatte angegebenen Falle ausgesprochen, und indem man auf das dort Gesagte verweist, hält man nur zu erwähnen für nöthig, daß die Ansicht, wonach der Anfang der Verjährung der actio hypothecaria von dem Augenblicke an zu berechnen sein soll, wo der dritte Besitzer zum Besitze der Sache gelangt ist, einmal auf der irrigen Voraussetzung, daß mit jedem Wechsel in dem Besitze des Pfandes die actio hypothecaria von Neuem beginne, andern Theils auf eine Nichtachtung der über die accessio possessionis der Verjährung geltenden Grundsätze beruht.

Uebrigens hat der Kläger in seiner Appellationsdeduction nirgends bestritten, daß, wenn die von der vorigen Instanz aufgestellten Grundsätze über die Berechnung der Verjährung der actio hypothecaria in Richtigkeit beruhen, seine Klage Bl. — bereits im Monat März 1843, also lange Zeit vor der erst im Jahre 1847 erfolgten Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuchs für G., verjährt gewesen sei. Es bedarf daher in dieser Beziehung keiner weiteren Rechtfertigung des von der vorigen Instanz über das Factische des vorliegenden Falles Bl. — Gesagten.

Dagegen ist der Kläger Bl. — auf die Behauptung zurückgekommen, daß durch die von ihm beigebrachten Urkunden eine Unterbrechung der Verjährung dargethan worden sei, und in dieser Beziehung hat man Folgendes zu bemerken:

Soviel die der Executionsklage unter B. und C. abschriftlich beiliegenden Kaufsurkunden vom 1./9. Juli 1828. und vom $\frac{\text{29. April}}{\text{3. Juli}}$ 1833. Bl. — und Bl. — anlangt, so ist soviel unzweifelhaft, daß es eine Unterbrechung der Verjährung enthalten würde, wenn in den zwischen den jedesmaligen Kaufsinteressenten gepflogenen Verhandlungen ein Anerkenntniß des von dem Kläger gegenwärtig geltend gemachten hypothekarischen Rechtes gefunden werden könnte. Es kommt daher bei Beurtheilung jener Verhandlungen auf Beantwortung der Frage an, ob die Kaufsinteressenten lediglich für den Fall, daß die fragliche Hypothek der 370 Thaler Conventionsmünze noch bestände, theils unter sich, theils gegenüber der Hypothekenbehörde sich verbindlich gemacht, oder ob dieselben die Hypothek als noch gültig anerkannt und gleichsam ein auf den Fortbestand der Hypothek berechnetes Abkommen geschlossen haben. Offenbar ist, wie auch die vorige Instanz angenommen hat, das Erstere der Fall.

Zuvörderst kann dies rücksichtlich des Kaufes vom 1./9. Juli 1828 einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen. Wie aus der hierher gehörigen Stelle des Confirmationsprotokolles Bl. — sich ergiebt, hatten die damaligen Kaufsinteressenten in dem abgeschlossenen Kaufe auf die fragliche Hypothek keine Rücksicht genommen, und es wurde daher die letztere erst von dem Gerichte vor der Confirmation des Kaufes zur Sprache gebracht. Wenn es nun unter diesen Verhältnissen schon an sich nicht wahrscheinlich ist, daß die Kaufsinteressenten, welche von der Voraussetzung ausgegangen waren, daß die Hypothek nicht mehr bestände, durch Verträge unter sich die hypothekarische Schuld von Neuem zu begründen beabsichtigt haben sollten, so läßt sich die hierher gehörige Verhandlung lediglich aus dem Gesichtspunkte einer Maaßregel des Gerichts betrachten, wodurch dieses eines Theils die Fortdauer der noch ungelöschten Hypothek dem neuen Erwerber gegenüber hat sichern, andern Theils sich selbst gegen etwaige Vertretungsansprüche hat decken wollen.

Ebensowenig liegt in dem Kaufe vom $\frac{\text{29. April}}{\text{3. Juli}}$ 1833 eine solche Unterbrechung der Verjährung, wie sie der Kläger für sich daraus abzuleiten sucht. Man stimmt in dieser Beziehung dem von der vorigen Instanz Bl. — Gesagten allenthalben bei und macht nur darauf aufmerksam, daß bei diesem Kaufe die Kaufsinteressenten offenbar von der Voraussetzung, daß die Hypothek nicht mehr bestehe, sondern durch Zahlung längst erloschen sei, geleitet worden sind und die darauf bezüglichen Kaufsbestimmungen daher lediglich in der Absicht, etwaigen Ausstellungen des Gerichts gegen den Inhalt des Kaufs im Voraus zu begegnen, aufgenommen haben.

Weit mehr Zweifel hat die Frage, ob aus den von den Vorbesitzern der jetzigen Beklagten, besage der Beilagsacten sub Lit. — No. — und —, geführten Processen eine Unterbrechung der Verjährung des von dem Kläger geltend gemachten hypothekarischen Anspruchs abzuleiten sei. Wenn man in dieser Beziehung der vorigen Instanz, welche diese Frage verneint hat, beigetreten ist, so ist dies aus nachstehenden Gründen geschehen:

In den Gesetzen wird der Anstellung der Klage die Wirkung beigelegt, daß dadurch die Verjährung der Klage unterbrochen werde.

l. 3. und 7. pr. §. 5. Cod. de praescript. XXX vel XL annor.

l. 3. Cod. de annali except.

l. 5. Cod. de duobus reis.
l. 139. pr. D. de reg. jur.
l. 19. §. 3. D. de jure jurando.
l. 8. in f. D. de fidejuss.

Dagegen findet ſich nirgends eine Andeutung, daß daſſelbe gelten ſolle, wenn entweder der Berechtigte ſein Recht exceptionsweiſe geltend gemacht, oder auf eine Klage, in welcher der Schuldner die Aufhebung des Rechtes auszuführen geſucht, ſich verneinend eingelaſſen habe. Es iſt daher die Kraft der Interruption der Verjährung, der Geltendmachung des Rechtes im Wege der Exception, oder negativen Einlaſſung per indirectum abgeſprochen, und wenn ſich ſelbſt hiergegen in ſo fern, als es um den Gebrauch des Rechtes durch Exceptionen ſich handelt, mit Hinſicht auf den Grundſatz, excipiendo reus fit actor, Zweifel erheben ließen, ſo iſt dies doch wenigſtens rückſichtlich der bloßen negativen Einlaſſung, alſo des Falles, wie er hier vorliegt, nicht ebenfalls der Fall.

Für die Meinung, daß, wenn ein Gläubiger auf eine Klage des Schuldners, worin dieſer letztere ſeine Liberation auszuführen verſucht, ſich negativ einläßt, alſo die Fortdauer ſeines Rechtes behauptet, hierin eine Unterbrechung der Extinctivverjährung des Rechtes zu finden ſei, laſſen ſich im Weſentlichen folgende Gründe geltend machen:

1) es werde in dem angegebenen Falle das Recht in judicium deducirt,
2) es ſei der Gläubiger durch Litispendenz behindert, ein Recht klagend zu verfolgen, wegen deſſen Aufhebung der Schuldner geklagt habe,
3) es vernichte die Extinctivverjährung nicht blos die Klage, ſondern auch das Recht ſelbſt, es müſſe daher bei der Frage, ob die Extinctivverjährung vollendet ſei, nicht blos darauf, ob der Gläubiger geklagt habe, ſondern vielmehr darauf geſehen werden, ob innerhalb der Verjährungsfriſt das Recht vor Gericht geltend gemacht worden ſei.

Dieſe Gründe erledigen ſich jedoch durch nachſtehende Erwägungen:

ad 1.

Abgeſehen von der nicht unzweifelhaften Frage, ob und in wie weit die Vorſtellung des römiſchen Rechtes von einem in der Litiscontestation liegenden Quaſicontracte noch in dem heutigen Proceßrechte gilt, ſo bildet in dem Falle, wenn der Gläubiger auf eine Klage, in welcher der Schuldner das Erlöſchen des Rechtes ausführt, ſich negativ einläßt, die von dem Schuldner behauptete Aufhebung des Rechtes den Gegenſtand des Proceſſes. Ueber dieſen Gegenſtand kann zwiſchen den Parteien geſtritten und von dem Richter entſchieden werden, ohne daß auf die Frage, ob das Recht außerdem beſtehe, näher eingegangen zu werden braucht. Es läßt ſich daher auch nicht behaupten, daß die rechtlichen Folgen des Proceſſes, wohin namentlich unter anderen auch die Unterbrechung der Verjährung gehört, auf das Recht zu beziehen ſeien; vielmehr bedarf es zu Herſtellung dieſer Folgen rückſichtlich des Rechtes ſelbſt der Anſtellung einer Klage ſeiten des Gläubigers.

Soviel insbeſondere den vorliegenden Fall anlangt, ſo betrafen die von den Vorbeſitzern der Beklagten gegen den gegenwärtigen Kläger und beziehentlich deſſen Mutter und Miterbin geführten Proceſſe lediglich die Frage, ob die von dem Kläger gegenwärtig geltend gemachte Hypothek bezahlt und daher zu caſſiren wäre. Dieſe Frage ſteht mit der Frage, ob die Hypothek, abgeſehen von der behaupteten Zahlung, noch fortbeſtehe, in keiner ſolchen nothwendigen Verbindung, daß über die erſtere nicht entſchieden werden könnte, ohne der letzteren zu präjudiciren. Die Folgen der geführten Proceſſe erſtrecken ſich daher auch nicht auf die letztere Frage, vielmehr hätte der gegenwärtige Kläger innerhalb der Verjährungsfriſt klagen ſollen, wenn er die Verjährung ſeiner Hypothek hätte interrumpiren wollen, wenn ſchon im Uebrigen allerdings darauf etwas nicht ankommen könnte, ob perſönlich oder hypothecarie geklagt worden wäre, indem die perſönliche Klage die actio hypothecaria und die letztere die erſtere unterbrochen hätte.

l. 3. Cod. de annali except.

ad 2.

Daß ein Gläubiger, gegen welchen der Schuldner unter dem Anführen, daß die Forderung getilgt ſei, auf Liberation geklagt hat, während der Dauer dieſes Proceſſes gehindert werde, die Klage anzuſtellen, läßt ſich nicht ohne Grund bezweifeln. Von einer Litispendenz kann in dieſem Falle wegen des verſchiedenen Zweckes der beiden Klagen nicht wohl die Rede ſein. Auch ſpricht dagegen die in der l. 8. D. de comp. enthaltene Vorſchrift, daß demjenigen, welcher eine Forderung bereits in einem Proceſſe geltend gemacht hat, das Recht zuſteht, ſich compensando auf dieſelbe zu berufen. Zwar wird, wenn zwei ſolche Klagen anhängig gemacht werden, der Richter auf Combination beider Proceſſe Bedacht zu nehmen haben, der Grund davon liegt aber nicht in einer etwaigen Litispendenz, ſondern in dem allgemeinen proceßpolitiſchen Grundſatze, daß über denſelben Gegenſtand nicht unnöthiger Weiſe zwei verſchiedene Proceſſe geführt werden ſollen.

Wäre jedoch auch ſelbſt die Meinung, wonach unter den gegebenen Vorausſetzungen eine Litispendenz beſtehen ſoll, die richtigere, ſo würde doch in dem vorliegenden Falle zu berückſichtigen ſein, daß der Kläger durch die von den Vorbeſitzern der Beklagten angeſtellten Klagen an der Geltendmachung ſeines hypothekariſchen Anſpruches wegen der Beſchaffenheit der ihm in dieſer Hinſicht zuſtehenden Beweismittel nicht gehindert werden konnte, indem er in der Lage ſich befand, eine Executionsklage zu erheben, während die Vorbeſitzer der Beklagten im Ordinarproceſſe geklagt hatten.

ad 3.

Das Königliche Oberappellationsgericht hat allerdings ſtets die Meinung befolgt, daß mit dem Hinwegfallen der Klage durch die Extinctivverjährung nicht blos die Klage, ſondern zugleich mit derſelben das ganze Recht als erloſchen betrachtet ſei. Hieraus folgt jedoch immer noch nicht, daß die Verjährung der Klage durch jede gerichtliche Handlung, die der Berechtigte vornimmt, alſo auch durch Vorſchützen einer Exception oder negative Einlaſſung unterbrochen werden könne. Die Klagverjährung wird in den Geſetzen durch einen doppelten Grund gerechtfertigt, einmal durch Beziehung auf die desidia oder negligentia des Klägers,

l. 2. Cod. de annali except. „ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia, vel potentia, vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia.“

l. 3. in f. Cod. eod. „cum contra desides homines, et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt.“

ſodann aber durch die Rückſicht auf den Beklagten, dem gegen veraltete Anſprüche der erforderliche Schutz gewährt werden ſoll.

l. 5. D. pro suo.

l. 2. pr. D. de aqua et aqua pluvia.

Novella 115. praef.

l. 4. Cod. de praescript. XXX vel XL annor.

l. 7. Cod. eod.

Nach der Anſicht des Oberappellationsgerichts hat unter den verſchiedenen Meinungen, die über das gegenſeitige Verhältniß dieſer beiden Gründe aufgeſtellt worden ſind, diejenige den Vorzug, welche die ratio der Extinctivverjährung in die Beſtrafung der desidia des Klägers legt, und den geſicherten Rechtszuſtand des Beklagten blos für eine Folge der vollendeten Verjährung hält. Da hiernach das gänzliche Erlöſchen des Rechtes ſchon mit dem Nachweiſe der desidia des Klägers verbunden iſt, ſo folgt, daß die Verjährung durch andere gerichtliche Acte, als die Anſtellung der Klage nicht unterbrochen werden kann. Es würde aber auch, wenn man zwiſchen den mit der negligentia des Klägers verbundenen Folgen und den Ergebniſſen der auf den Rechtszuſtand des Beklagten zu nehmenden Rückſicht unterſcheiden wollte, dies immer nur dahin führen, daß eine Verjährung der bloßen Klage und eine Verjährung des ganzen Rechtes ſich denken laſſe und bei beiden Arten der Verjährung verſchiedene Interruptionsgründe gelten.

Angehend die Appellation des Beklagten.

Dieſe Appellation iſt zwar, da ſolche auch gegen den Theil der vorigen Entſcheidung gerichtet iſt, in welchem die in der erſten Inſtanz ausgeſprochene Verurtheilung des Klägers weggenommen wird, formell zuläſſig, in jeder Beziehung aber unerheblich.

Zuvörderſt bedarf das vorige Urthel in ſoweit, als es die condemnatoria des Klägers in Wegfall gebracht hat, keiner beſonderen Rechtfertigung, indem es ein ausgemachter Grundſatz iſt, daß der Kläger mit alleiniger Ausnahme der Proceßkoſten nicht verurtheilt werden kann.

Soviel ſodann weiter die Beſchwerde anlangt, daß auf die von ihr vorgeſchützte Einrede der Zahlung keine Rückſicht genommen worden ſei, ſo läßt ſich an der Zuläſſigkeit dieſer Beſchwerde um deswillen zweifeln, weil die angegebene Einrede bereits in dem erſten Beſcheide Bl. — nicht berückſichtigt worden war und die Beklagte nach Bl. — nicht dagegen, ſondern blos gegen die Entſcheidung wegen der Proceßkoſten appellirt hatte. Abgeſehen jedoch hiervon, ſo iſt die gedachte Beſchwerde auch völlig unbegründet, weil ein Zeugenrotul zum ewigen Gedächtniſſe nicht zu den in dem Executionsproceſſe allein zuläſſigen liquiden Beweismitteln gerechnet werden kann, übrigens aber der vorgeſchützten Ausflucht der Zahlung die Rechtskraft der von den Vorbeſitzern der Beklagten geführten Proceſſe entgegen ſteht.

Uebrigens hat die Beklagte dieſe Beſchwerde blos für den Fall, daß auf die Appellation des Klägers in gegenwärtiger Inſtanz reformirt werden ſollte, vorgeſchützt, und dieſer Fall iſt gar nicht eingetreten.“

## 67.

Die Ehegerichte sind auch dann competent, wenn die Annullation einer Ehe, weil sie gegen ein öffentliches vernichtendes Ehehinderniß eingegangen worden, beantragt wird.

Mitgetheilt von
Herrn A. —r in D.

In einer vor dem K. Appellationsgericht zu Dresden anhängigen Ehesache klagte der Ehemann auf Ehetrennung aus dem Grunde, weil die Ehefrau bereits vor Eingehung der Ehe sich mit seinem nunmehr verstorbenen Vater fleischlich vermischt, er auch hiervon erst nach Eingehung der Ehe Kenntniß erhalten habe. Die Beklagte stellte die ihr beigemessene Unzucht in Abrede und es wurde unter dem 18. October 1852 auf Bescheinigung der vom Kläger aufgestellten Behauptungen rechtskräftig erkannt. Er unternahm diese Bescheinigung hauptsächlich durch Zeugen. Nach abgesetztem Bescheinigungs- und Hauptverfahren erkannte das genannte Appellationsgericht unter dem 4. Februar 1854 auf Annullation der Ehe unter der Voraussetzung, daß Kläger annoch zur Erfüllung schwören würde, daß, so viel er wisse, glaube und dafür halte, die Beklagte vor seiner Verheirathung mit ihr sich mit seinem Vater fleischlich vermischt habe. Diesem Erkenntnisse waren folgende Entscheidungsgründe beigefügt:

„Bei der rechtlichen Beurtheilung und Entscheidung der vorliegenden Ehesache ist vor allen Dingen ins Auge zu fassen, daß es sich bei dem vom Kläger geltend gemachten Annullationsgrunde um ein sogenanntes öffentliches vernichtendes Eheverbot handelt. Ist nämlich das Anführen des Klägers in Wahrheit begründet, so ist derselbe mit seiner Ehefrau in der geraden Linie verschwägert, indem die letztere seines Vaters Concumbentin gewesen sein soll, als in welchem Falle die Ehe, auch wenn die vor der Eingehung derselben erfolgte fleischliche Vermischung des Adscendenten des einen nachherigen Ehegatten mit dem andern nachherigen Ehegatten eine außereheliche gewesen ist, schlechterdings nicht geduldet werden soll.

Weber, Systemat. Darstellung des im K. Sachsen gelt. Kirchenrechts, Thl. 2. Abthl. 3. Seite 1134 flg. 1145.

Dabei ist es auch für die Frage: ob die Ehe für nichtig zu achten sei, gleichgültig, ob bei Eingehung der Ehe der eine Ehegatte, daß der andere mit des erstern Adscendenten den Beischlaf ausgeübt habe, gewußt hat oder nicht, ebenso, ob, wenn er es erst später, im Laufe der Ehe erfahren, eine stillschweigende oder ausdrückliche Verzeihung eingetreten ist oder nicht. Denn nicht die Täuschung oder der Irrthum (diese vernichtenden Privatehehindernisse) sind hier entscheidend, sondern das Vorhandensein eines schwägerschaftlichen Verhältnisses, wegen dessen die Ehe schlechterdings verboten ist.

Weber, a. a. O. S. 1207.

In neuerer Zeit hat man nun die Behauptung aufgestellt, daß Ehen, welche gegen ausdrückliche Prohibitivgesetze geschlossen worden, schon in ihrer Entstehung dergestalt null und nichtig seien, daß es zu ihrer Wiederaufhebung nicht einmal einer richterlichen Entscheidung bedürfe, weshalb denn auch in einem solchen Falle von einer Ehestreitigkeit und einer Competenz der Ehegerichte, wie solche in §. 54. und 55. des Gesetzes über privil. Gerichtsstände ꝛc. vom 28. Januar 1835 bestimmt worden ist, nicht die Rede sein könne.

Leugnick, der Sächs. Eheproceß, §. 27. S. 86.

Allein diese Ansicht ist nur zum Theil richtig. Allerdings bedarf es im Falle einer wegen eines öffentlichen Ehehindernisses nichtigen Ehe nicht nothwendig einer Klage des einen oder des andern Ehegatten auf Annullation der Ehe, vielmehr ist der Richter, sobald er Kenntniß von einer solchen Ehe erlangt, von Amtswegen einzuschreiten berechtigt und verpflichtet. Aber darum ist jene Klage nicht gänzlich ausgeschlossen, sie wird vielmehr als das angemessenste Mittel, um zur Annullation zu gelangen, dann anzusehen sein, wenn die factischen Voraussetzungen der Nichtigkeit der Ehe illiquid sind und daher erst noch eine weitere Erörterung und Beweisführung rücksichtlich derselben sich nöthig macht. In einem solchen Falle kann der Richter dem als Kläger auftretenden Ehegatten, wenn der beklagte Ehegatte die entscheidenden Thatumstände leugnet, deren Bescheinigung aufgeben oder das sonst nach Lage der Sache Erforderliche, um darüber, ob wirklich eine nichtige Ehe geschlossen worden ist, Aufklärung und Ueberzeugung zu erlangen, verfügen. In einem solchen Falle wird es auch einer richterlichen Entscheidung, durch welche die Ehe ausdrücklich für nichtig erklärt oder das Gegentheil ausgesprochen wird, schlechterdings bedürfen, während ein solches Erkenntniß nach Befinden dann wird entbehrt werden können, wenn bei vollständiger Liquidät aller einschlagenden thatsächlichen Verhältnisse ohne Antrag einer Partei ein Einschreiten von Amtswegen stattgefunden hat. Auf Letzteres braucht hier, wo ein Fall dieser Art nicht vorliegt, nicht näher eingegangen zu werden. In Bezug auf den gegenwärtigen Fall dagegen, in welchem ein Ehegatte als Kläger aufgetreten ist und die factischen

Vorausſetzungen der behaupteten Nichtigkeit bei Anſtellung der Klage gänzlich illiquid waren, iſt zu bemerken, daß das vom Königlichen Appellationsgericht eingeſchlagene Verfahren, mittels deſſen dem Kläger die Beſcheinigung auferlegt worden iſt und nunmehr über das Ergebniß derſelben rechtlich erkannt wird, mit der Lehre der bewährteſten Rechtslehrer übereinſtimmt,

Glück, Erläut. der Pand., Thl. 26. S. 263 flg.
Weber, a. a. O. S. 1206 flg., beſonders Anmerk. 100. u. 2.
Uihlein, im Archiv f. d. civiliſt. Praxis, Bd. 14. S. 39 flg.
Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, §. 267. S. 548 flg. d. 3. Aufl.

Daſſelbe ſteht aber auch mit der neuen vaterländiſchen Geſetzgebung in völligem Einklange. Denn das angezogene Geſetz vom 28. Januar 1835 weiſt in den §§. 55. 56. und 57. den Appellationsgerichten alle Eheſtreitigkeiten (mit alleiniger Ausnahme der in den §§. 61. und 62. erwähnten) zu und namentlich auch die Cognition über Klagen auf Annullation der Ehe, ohne rückſichtlich der Nichtigkeitsfälle einen Unterſchied zu machen, ob das den Gegenſtand einer Annullationsklage bildende Ehehinderniß ein öffentliches oder ein Privathinderniß iſt. Wie man alſo, um die Annullationsklagen wegen eines Hinderniſſes der erſten Art von der Competenz der Ehegerichte auszuſchließen, erſt einen Unterſchied in das Geſetz hineintragen muß, welchen dieſes ſelbſt nicht aufſtellt, ſo iſt es auch eine unerwieſene Vorausſetzung, daß im Falle einer Annullationsklage wegen eines angeblich vorhandenen öffentlichen Ehehinderniſſes eine Eheſtreitigkeit nicht angenommen werden könne. Es wird in einem ſolchen Falle darüber geſtritten, ob eine unter der geſetzlichen Form eingegangene, alſo factiſch vorhandene Ehe zu Recht beſtehe oder nicht, und es iſt in der That nicht abzuſehen, warum ein ſolcher Streit nicht eine Eheſtreitigkeit ſein ſollte."

Der weitere Inhalt der Entſcheidungsgründe beſtand in einer Prüfung der Ergebniſſe der Beſcheinigung und in der Rechtfertigung des erkannten Erfüllungseides. Daß man dieſen nicht auch darauf gerichtet habe, daß Kläger erſt nach Eingehung ſeiner Ehe von dem vor derſelben zwiſchen der Beklagten und ſeinem Vater Statt gehabten unzüchtigen Umgange Kenntniß erlangt habe, — in welcher Hinſicht dem Kläger die Zeugenausſagen allerdings auch zur Seite ſtänden, — dafür war als Grund angegeben, weil der Nachweis jenes Umſtandes ſich von ſelbſt dadurch erledige, daß es ſich hier um ein öffentliches Ehehinderniß handele, bei deſſen Vorhandenſein der Eherichter das Fortbeſtehen der Ehe ſchlechterdings nicht dulden dürfe und daher die Nichtigkeit derſelben auch dann ausgeſprochen werden müßte, wenn ſie vom Kläger bei vorhandener Wiſſenſchaft von dem entgegenſtehenden Hinderniſſe geſchloſſen worden wäre.

Die Beklagte appellirte gegen den ganzen Inhalt des Erkenntniſſes und ſuchte namentlich auszuführen, daß das Ehegericht zur Entſcheidung in dieſem Falle nicht competent geweſen und das eingeſchlagene Verfahren als ſtatthaft nicht anzuſehen ſei. Allein das K. Oberappellationsgericht beſtätigte unter dem 21. April 1854 das angefochtene Erkenntniß, jedoch mit der Erläuterung, daß der dem Kläger auferlegte Erfüllungseid auch auf den Umſtand erſtreckt wurde, daß Kläger erſt nach eingegangener Ehe den frühern unzüchtigen Umgang der Beklagten mit ſeinem Vater in Erfahrung gebracht habe. Die Entſcheidungsgründe lauteten ſo:

„Inſofern die vorige Inſtanz die Ergebniſſe der Beweisführung Klägers für ausreichend erachtet hat, um auf ein suppletorium zu erkennen, ſtimmt man denſelben vollſtändig bei. Es genügt auf das diesfalls Bl. — unter Bezugnahme auf die einſchlagenden Zeugendepoſitionen zur Rechtfertigung Bemerkte zurück zu verweiſen. Was Beklagter Bl. — zur Widerlegung vorzubringen verſucht hat, ſtellt ſich ohne Weiteres als unerheblich dar. Ebenſowenig begründet iſt Beklagtens Bemerkung Bl. —, daß die vorige Inſtanz in Widerſpruch mit ſich ſelbſt gerathe, wenn ſie einerſeits die ſtattgefundene fleiſchliche Vermiſchung des einen Ehegatten mit dem Aſcendenten des anderen vor der Ehe als ein öffentliches, die Nichtigkeitserklärung der Ehe von Amtswegen bedingendes Ehehinderniß erkläre und gleichwohl die vorliegende Sache, in welcher es ſich von einem Ehehinderniſſe der gedachten Art nach Klägers Anführen handele, als Parteiſache behandele und darin ein Erkenntniß abgefaßt habe. Was in dieſer Hinſicht in den vorigen Entſcheidungsgründen Bl. — bemerkt worden, iſt völlig hinreichend, um den gedachten Vorwurf Beklagtens zu beſeitigen.

Dagegen hat man allerdings der vorigen Inſtanz inſoweit nicht beizuſtimmen vermocht, als dieſelbe auf den Umſtand, ob Kläger den fleiſchlichen Umgang ſeiner Ehefrau mit ſeinem Vater vor der Ehe, zur Zeit der Eingehung derſelben bereits gekannt oder erſt ſpäter erfahren habe, gar kein Gewicht gelegt wiſſen will und daher auch den dem Kläger zuerkannten Erfüllungseid lediglich auf das factum des zwiſchen ſeinem Vater und ſeiner Ehefrau vor der Ehe ausgeübten Beiſchlafs beſchränkt hat. Ob dieſe Anſicht an und für ſich richtig, kann man gegenwärtig dahingeſtellt ſein laſſen, da der proceſ-

ſualiſche Stand der Sache die Nothwendigkeit an die Hand giebt, den Umſtand, daß Kläger erſt nach Eingehung der Ehe den vorher ſtattgefundenen fleiſchlichen Umgang ſeines Vaters mit ſeiner Ehefrau in Erfahrung gebracht, für entſcheidend zu erachten. Es iſt nämlich in dem rechtskräftigen Interlocute Bl. —, dem Kläger ausdrücklich mit auferlegt worden, zu erweiſen, daß er erſt nach Eingehung der Ehe Kenntniß von der bemerkten Thatſache erhalten habe. Nothwendig muß daher die erſte Inſtanz, als ſie in dieſer Weiſe interloquirte, der Anſicht geweſen ſein, daß die außereheliche Vermiſchung des einen Ehegatten mit dem Abſcendenten des andern vor Eingehung der Ehe an ſich keinen Annullirungsgrund darbiete, ſondern der Fall gleich jedem andern zu behandeln ſei, wo die Ehefrau vor der Ehe bereits mit irgend einer andern Mannsperſon außer dem nachherigen Ehemanne concumbirt gehabt, was den Ehemann nur dann zur Klage auf Annullirung der Ehe berechtigt, wenn er vor Schließung des Ehebündniſſes davon nichts gewußt. Von dieſer im vorliegenden Falle zu Gunſten der Beklagten rechtskräftig feſtſtehenden Anſicht, bei der Definitive abzuweichen, hat man vom richterlichen Standpunkte aus nicht für zuläſſig erachten mögen."

## 68.

### Ueber die Verbindlichkeit zur portofreien Einſendung der von Privatperſonen bei den Behörden zu überreichenden Schriften*).

Mitgetheilt von
Herrn S—r in B.

Bei dem Königlichen Juſtizminiſterium hat der Advocat S. in D. im Februar 1854 Beſchwerde aus dem Grunde erhoben, weil das Landgericht zu B. eine von ihm, als Actor des Stadtrathes zu D., am 28. December 1853 unfrankirt mit der Poſt an daſſelbe abgeſendete, gegen D. in B. gerichtete Klage uneröffnet, mit der auf die Adreſſe gebrachten Bemerkung: „Kann unfrankirt nicht angenommen werden", zurückgeſendet habe, in deſſen Folge der Anſpruch ſelbſt mit Ablauf des Jahres 1853 verjährt ſei.

Das Königliche Miniſterium der Juſtiz hat die Entſchließung auf dieſe Beſchwerde dem Königl. Appellationsgericht zu Budiſſin überlaſſen und in der diesfalls an daſſelbe unter dem 25. Februar 1854 erlaſſenen Verordnung Folgendes eröffnet:

„Das Juſtizminiſterium iſt vollkommen damit einverſtanden, daß an der Berechtigung der Behörden, die Einſendung der von Privatperſonen ihnen zu überreichenden Schriften portofrei zu verlangen, nicht gezweifelt werden kann, die Berichtigung des Porto Seiten des Abſenders demnach als Regel zu betrachten iſt, auf deren Beachtung durchaus gehalten werden muß, da die im einzelnen Falle zwar ſehr geringfügigen Beträge doch alsbald, ſowie eine nachſichtigere Praxis Seiten der Behörden geübt werden würde, zu einer bedeutenden Laſt für die Sportelkaſſe anwachſen müßten, indem dann wohl nur ausnahmsweiſe noch frankirte Schreiben an die Behörden abgeſendet werden dürften. Dem in neuerer Zeit immer mehr um ſich greifenden Unfuge der unfrankirten Abſendung von Parteiſchriften an die Behörden dadurch begegnen zu laſſen, daß die gedachten Schriften uneröffnet zurückgeſendet werden, trägt das Juſtizminiſterium, wegen der davon zu beſorgenden Nachtheile, zwar Bedenken, und mögen ſich die Behörden nicht entbrechen, dergleichen unfrankirte Schreiben anzunehmen und den Portobetrag dafür einſtweilen aus der Sportelkaſſe zu verlegen; allein dieſer Verlag muß unverlängt von dem zu deſſen Reſtitution verpflichteten Abſender wieder eingezogen und es darf nicht abgewartet werden, ob und wann der Abſender gelegentlich von ſeiner Verbindlichkeit in Kenntniß geſetzt oder andere Koſten von ihm eingezogen werden können. Anlangend aber die Art der Wiedereinziehung dieſer Verteverläge, ſo kann das Juſtizminiſterium die ſofortige Erhebung dieſes Betrages durch Poſtvorſchuß nicht für unangemeſſen halten. Dieſelbe beläſtigt die Behörden am wenigſten, iſt ganz einfach, wird koſtenfrei erpedirt und iſt auch für die betreffenden Abſender der unfrankirten Schriften weit weniger koſtſpielig, als wenn von der Behörde deshalb ein beſonderes Schreiben erlaſſen und vom Abſender der Portobetrag frankirt nachgeſendet werden ſollte, wofür außerdem meiſt weit mehr Koſten entſtehen müßten, als das verlegte Porto beträgt. Es dürfte daher der Abſender eines unfrankirten Schreibens keinen Grund haben, ſich über die Wiedereinziehung des der Behörde verurſachten Portoverlags durch Poſtvorſchuß zu beſchweren, deshalb aber auch keine genügende Veranlaſſung vorliegen, ein in dieſer Weiſe eingeleitetes Verfahren einer Behörde zu mißbilligen."

*) Vergl. die immittelſt erſchienene Verordnung v. 1. Mai 1854. (G.- u. V.-Bl. v. J. 1854. S. 101.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahreschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 35.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 69.

**Die subsidiarische Alimentationsverpflichtung der mütterlichen und resp. väterlichen Großeltern des unehelichen Kindes cessirt, wenn letzteres von seiner Mutter Vermögen ererbt hat oder überhaupt eignes Vermögen besitzt. — Auch bei ehelichen Kindern ist die Alimentationsverpflichtung der Eltern nur subsidiär. — Anwendung der Regel: concursus non alit infantem.**

Mitgetheilt von
Herrn —e in —n.

Unterm 15. Mai 1852 stellte H. in Altersvormundschaft des minorennen Oscar B. gegen B. und dessen Ehefrau Klage auf Alimentation seines Tuenden an unter dem Anführen, der Sohn des gedachten Beklagten sei dessen außerehelicher Vater, dermalen aber in Concurs verfallen und sogar flüchtig, die Mutter bald nach der Entbindung verstorben, deren Eltern ebenfalls todt, und somit der Fall vorhanden, wo die Alimentationsverpflichtung der Großeltern väterlicher Seite eintrete. In der Klage war jedoch angedeutet, daß die Mutter des Mündels des Kläger ein Haus besessen habe, auch die Bemerkung eingeflossen, daß Kläger Namens seines Pfleglings den Nachlaß der außerehelichen Mutter desselben angetreten habe.

Die Beklagten stellten Folgendes entgegen:

a. Kläger hätte den Alimentationsanspruch im Concurse des angeblichen Stuprators liquidiren sollen,

b. Letzterer sei keineswegs flüchtig, sondern stehe in Z. in Arbeit und verdiene sich dadurch mindestens soviel, wie etwa ein Dienstknecht,

c. Kläger habe nicht zu behaupten vermocht, daß das Kind selbst vermögenlos sei, im Gegentheil werde in der Klage selbst von einem dessen Mutter zugehörig gewesenen Hause und davon, daß Kläger für seinen Tuenden den Nachlaß der Mutter desselben angetreten habe, gesprochen.

In Betreff des Einwandes unter b. brachte auch Beklagter ein obrigkeitliches Zeugniß bei, woraus hervorging, daß der angebliche Stuprator in Z. — einer Stadt im Inlande — in Arbeit stehe.

Das hierauf von dem Spruchcollegio zu Leipzig eingeholte, am 20. December 1852 publicirte Urthel lautete folgendermaaßen:

„Weil Kläger mit der sol. — ersichtlichen, in Ansehung des Klaggesuchs sol. — in der sol. — bemerkten Maaße veränderten subsidiarischen Alimentenklage gegen die Beklagten als die väterlichen Großeltern des nach dem Klaganführen sol. — von Oscar B. mit der Mutter des Pflegbefohlnen Klägers, Emilien Augusten G., außer der Ehe erzeugten Kindes hervorgetreten; nun aber, auch wenn der genannte B., der angebliche Vater dieses Kindes, insofern jedenfalls für arm und für unvermögend zur Ernährung des Letztern zu halten, als derselbe sol. —, wie dies auch die Beklagten selbst ad p. l. c. — eingeräumt haben, ohnlängst in Concurs verfallen, hiernach aber auf das weitere diesfallsige, nach sol. — unbegründete Klagvorbringen sol. — Etwas nicht ankommt, übrigens Kläger, wie sol. — richtig bemerkt zu befinden, keineswegs die Verbindlichkeit gehabt, wegen der gegenwärtig wider die Beklagten geltend gemachten Ansprüche bei dem B—schen Creditwesen sich zu melden, mithin die Ausstellungen der Beklagten unter a. und b. sol. — unbeachtlich

sind, gleichwohl der erhobenen Klage jedenfalls der Umstand entgegensteht, daß Kläger, welcher zwar fol. — genügend angeführt und beigebracht hat, daß die Eltern der Mutter seines Pflegbefohlnen verstorben seien, in Betreff der ebenfalls sec. fol. — verstorbenen Mutter des Letztern anzuführen und beizubringen unterlassen, daß, da nach seiner eigenen Erklärung fol. — dieselbe keineswegs ohne Nachlaß verstorben, sie gleichwohl so viel, als zur Ernährung ihres gedachten Kindes, des Tuenden Klägers, erforderlich sei, nicht hinterlassen habe, dies aber zur Begründung der erhobenen Klage und zum Nachweise des Ueberganges der in Rede stehenden Alimentationsverbindlichkeit auf die väterlichen Großeltern des Kindes gehört, indem außerdem, der Natur der Sache nach, sothane Verbindlichkeit offenbar nur auf dem Nachlasse der genannten Mutter des Kindes lasten würde, und in dieser Hinsicht, anlangend die Mutter des außer der Ehe gebornen Kindes, das fol. — angezogene Conclusum des unterzeichneten Spruchcollegiums keineswegs in der dort angegebenen Maaße, wie aus der Mittheilung in der Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc., Neue Folge, Bd. 9. S. 273. unter Nr. 34. von selbst erhellt, gefaßt worden;

So hat des Klägers Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, er ist auch die dadurch verursachten Proceßkosten ꝛc. den Beklagten zu erstatten verbunden."

Kläger appellirte gegen dieses Erkenntniß und bezog sich in der Deduction darauf, daß das Vermögen seines Pflegbefohlnen nur circa 400 Thaler betrage, wovon übrigens schon ein Theil verwendet worden; die Zinsen des Ueberrestes könnten unmöglich zur Alimentation des Kindes ausreichen und das Capital könne zu diesem Zwecke nicht angegriffen werden, weil sonst das Kind bei erlangtem 14ten Jahre als Bettler dastehen würde.

Die Beklagten adhärirten dieser Appellation um deswillen, weil ihre Einwendungen unter a. und b. für unbeachtlich erklärt worden.

Das Appellationsgericht zu Zwickau bestätigte jedoch das vorige Urthel aus nachstehenden Gründen:

„I. Zu des Klägers Appellation.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die väterlichen Großeltern eines unehelichen Kindes verbunden sind, dasselbe mit den erforderlichen Alimenten zu versehen, ist nach dem gemeinen Rechte sehr bestritten,

Bülow und Hagemann, praktische Erörterung, Th. IV. 70.

Busch, Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen, §. 260—268.

und man kann wohl mit Recht die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche die väterlichen Großeltern überhaupt von dieser Verpflichtung befreit wissen wollen, als die richtigere bezeichnen.

In Sachsen ist nun zwar durch die

28ste Decision von 1746

und das

Mandat, einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder, vom 12. November 1828

obige Streitfrage in sofern zu Ungunsten der väterlichen Großeltern entschieden worden, als diese, wenn weder der Stuprator, noch die Geschwächte, noch endlich der letztern Eltern vorhanden oder zur Alimentation vermögend sind, in letzter Stelle für verpflichtet erachtet worden sind, ihr uneheliches Enkelkind mit den nöthigen Alimenten zu versorgen; allein es ergiebt sich hieraus zugleich, daß, da weder die Billigkeit, noch die Blutsgemeinschaft für eine derartige Verpflichtung sprechen, diese vielmehr lediglich auf dem positiven Gesetze beruht, bei der Anwendung der erwähnten Gesetze nicht ausdehnend zu Werke gegangen werden darf.

Die gedachten sächsischen Gesetze setzen vorzugsweise die Reihenfolge, in welcher die Verpflichtung zur Ernährung eines unehelichen Kindes von einem Verpflichteten auf den andern übergehen soll, fest, und entscheiden die Frage, ob ein uneheliches Kind, welches Vermögen besitzt, Alimente von den väterlichen Großeltern verlangen könne, nicht ausdrücklich.

Bezüglich dieser Frage ist daher auf das gemeine Recht zurückzugehen. Es ist nun ein unbestrittener und in den Gesetzen deutlich ausgesprochener Rechtssatz, daß eheliche Kinder, selbst wenn sie noch in väterlicher Gewalt stehen, Alimente von ihrem Vater nur dann verlangen können, wenn sie selbst nicht vermögend sind, sich zu unterhalten, und daß daher die Alimentationspflicht der ehelichen Eltern wegfällt, wenn die Kinder, sei es aus dem eigenen Vermögen oder durch eigenen Verdienst, sich zu ernähren im Stande sind.

fr. 5. §. 7. §. 19. fr. 9. D. de agnosc. et alendis lib. (XXV. 2.)

c. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis. (VI. 61.)

Brunnemann, Comment. ad leges Pandect. ad tit. cit. §. 12. p. 825.

Carpzov, Decis. part. II. dec. 173. No. 27.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Buch III. §. 218.

Curtius, Handb. d. sächs. Civilrechts, §. 158. not. 3.

Die Alimentationspflicht der ehelichen Eltern ist daher insoweit blos subsidiär.

Bei unehelichen Kindern unter 14 Jahren ist nun zwar dem Stuprator gegenüber der Anspruch auf Alimente nach sächsischem Rechte

Mandat vom 12. November 1828. §. 6.

nicht durch die Bedürftigkeit des Kindes bedingt, und die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters findet Statt, wenn auch das uneheliche Kind eignes Vermögen besitzen sollte und daraus ernährt werden könnte.

Hänsel, Excurse zu Curtius Handbuch, Bd. I. S. 313.

Diese Abweichung von der obgedachten, bei ehelichen Kindern geltenden Regel, welche Abweichung übrigens nicht ganz unbestritten ist,

Busch, l. c. §. 270. S. 359.

Ackermann, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. I. S. 516 u. flg.

ist daraus zu erklären, daß die Alimentationsverpflichtung des Stuprators in einer unerlaubten Handlung ihren Grund hat, eigentlich nur eine an das Kind oder dessen Pfleger abzutragende Schuld enthält.

Bülow und Hagemann, l. c. Th. IV. No. 70. §. 9.

Wening-Ingenheim, l. c. Buch III. §. 217.

Hänsel, l. c. Bd. I. S. 315.

Ackermann, l. c.

Diese Rücksicht fällt aber weg und es tritt die allgemeine Regel, daß Alimente nur bedürftigen Kindern zu reichen sind, wiederum ein, wenn von den mütterlichen oder väterlichen Großeltern Alimente gefordert werden, weil bei diesen Verpflichteten in der Regel eine obligatio ex facto illicito nicht Platz ergreift.

Da nun gerechter Weise uneheliche Kinder nicht besser gestellt sein dürfen, als eheliche, und die 28ste Decision von 1746, so wie das angeführte Mandat vom 12. November 1828. §. 3. und 6. ohnehin nur von den „nöthigen" Alimenten sprechen, dies also auf Seiten des zu versorgenden Kindes eine Bedürftigkeit, inopia, voraussetzen läßt, so ist mit Grund Rechtens anzunehmen, daß die in den erwähnten sächsischen Gesetzen ausgesprochene Verpflichtung der mütterlichen oder väterlichen Großeltern, soweit sie nicht als Erben des Stuprators oder der stuprata verpflichtet sind, cessirt, wenn das uneheliche Enkelkind selbst ausreichendes Vermögen besitzt.

Bauers Erläuterung der Decisionen von 1746. ad dec. XXVIII. §. 10.

Gottschalk, discept, tom. III. cap. X. p. 149.

In dem vorliegenden Falle ergiebt sich nun aus dem Anführen Klägers Bl. — in Vergleich mit der von demselben Bl. — im Originale beigebrachten Urkunde, daß das Mündel des Klägers dermalen noch 377 Thlr. 20 Ngr. 1⅓ Pf. besitze. Es würde sonach dieses Kind zur Zeit keinen Anspruch auf Alimente von den Eltern des angeblichen Stuprators haben.

Der klagende Vormund meint nun zwar, dadurch gerade die Bedürftigkeit des Kindes darzuthun, weil die von obiger Summe abfallenden Zinsen nicht ausreichen dürften, das Kind zu ernähren, nicht aber verlangt werden könne, daß deshalb das Capital angegriffen werde.

Diese Ansicht ist jedoch irrig. Vielmehr ist bei Unzulänglichkeit der Zinsen im Nothfalle auch das Capital zu verwenden, da, so weit letzteres ausreicht und so lange es noch vorhanden ist, eine Bedürftigkeit nicht angenommen werden kann. Dafür spricht auch wiederum die Analogie der bei ehelichen Kindern geltenden Grundsätze. Bei diesen ist nämlich der Vater, wenn er nach beendigter väterlicher Gewalt ihnen ihr Vermögen herausgiebt, die auf deren Unterhalt verwendeten Kosten, soweit deren eignes Vermögen hinreicht, abzuziehen berechtigt,

Curtius, Handbuch, §. 158.

und es ist daher bei einem unehelichen Kinde nicht als eine Härte zu bezeichnen, wenn für dessen Alimentation zunächst das Vermögen desselben in Anspruch genommen wird, ehe die väterlichen Großeltern für alimentationspflichtig erachtet werden können.

Aus diesen Gründen mußte demnach, ungeachtet der Appellation des Klägers, das vorige Erkenntniß bestätigt werden.

II. Zur Adhäsion der Beklagten.

Auch die von den Beklagten Bl. — gebrauchte Adhäsion zum Rechtsmittel des Klägers konnte zu einer Aenderung des Urthels erster Instanz nicht führen.

Abgesehen von der Frage nach der processualischen Zulässigkeit der Adhäsion in dem vorliegenden Falle ist das Bl. — vorgebrachte Verlangen, die Klage auch noch deshalb für unstatthaft zu erklären,

1) weil unterlassen worden, die Alimente des Kindes im Creditwesen des Stuprators zu liquidiren,
2) weil der Stuprator nicht flüchtig sei, sondern im Inlande sich aufhalte und durch seiner Hände Arbeit wenigstens ebensoviel verdiene, als andere Gewerbsgehülfen oder ein Dienstknecht,

aus materiellen Gründen nicht zu beachten. Denn

zu 1.

da nach Bl. — blos die von Zeit der erhobenen Klage gefällig werdenden Alimente beansprucht werden, so tritt der Grundsatz: concursus non alit infantem,

Hommel, observ., §. 154.

dem Verlangen der Beklagten entgegen.

Zu 2.

Was aber den zweiten Punkt anlangt, so haben die Beklagten nicht behauptet, daß der angebliche Stuprator nach Beendigung seines Creditwesens zu bessern Vermögensumständen gelangt sei, außerdem ist aber die Behauptung, daß der Stuprator wenigstens ebensoviel, als ein Gewerbsgehülfe und Dienstknecht verdiene, für den Bl. — gebrauchten Eidesantrag offenbar zu allgemein und kann daher, sowie, weil sich nicht übersehen läßt, ob und inwiefern die übrigen Gläubiger des angeblichen Stuprators Anspruch auf dessen Arbeitsverdienst haben, nicht beachtet werden.

Die im Erkenntnisse ausgesprochene Compensation der Kosten zweiter Instanz rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß dem Kläger bei Einwendung seines Rechtsmittels eine muthwillige Streitsucht nicht zur Last gelegt werden mag, übrigens aber auch beide Parteien remedirt haben."

Auch bei diesem am 23. December 1853 publicirten Urthel beruhigte sich Kläger nicht. Er behauptete wiederholt, daß das Gesetz vom 12. November 1828. §. 6. keinen Unterschied darauf setze, ob die verstorbene Mutter Vermögen hinterlassen habe oder nicht, überhaupt den Fall, daß das Kind selbst Vermögen habe, nicht als Ausnahme aufstelle, sondern die subsidiarische Alimentationsverpflichtung der mütterlichen und resp. väterlichen Abscendenten nur dann ausschließe, wenn die Mutter entweder unvermögend, oder nicht vorhanden sei. Eventuell, und wenn auch seiner Ansicht, daß die Substanz des Vermögens seines Mündels unangegriffen bleiben müsse, nicht beigepflichtet werden sollte, stellte er noch dahin eine Beschwerde: daß nicht wenigstens schon jetzt die Beklagten zu einem Erziehungsbeitrage von dem Zeitpunkte an, wo erwiesenermaaßen das Vermögen des Minorennen aufgezehrt, verurtheilt worden.

Das Oberappellationsgericht bestätigte jedoch unterm 5. Mai 1854 aus nachstehenden Gründen:

„Den Gründen der vorigen Instanz Bl. — ist im Wesentlichen beizutreten und nur Folgendes noch hinzuzufügen:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob gerade durch den in der 28sten Decision vom Jahre 1746 gebrauchten Ausdruck: „nöthige Alimentation" habe angedeutet werden sollen, daß die Alimentationsverpflichtung der Mutter und bezüglich der Großeltern des unehelichen Kindes nur dann eintrete, wenn letzteres selbst ohne Vermögen ist. Es bedarf, um diesen Satz zu erweisen, überhaupt nicht der Beziehung auf die gedachte Decision, da sich derselbe aus allgemeinen Rechtsgründen rechtfertigt, welche durch das bemerkte Gesetz unberührt geblieben sind. Auch ist für den vorliegenden Rechtsstreit nicht sowohl jene Decision, als vielmehr das Mandat vom 12. November 1828, einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder betreffend, maaßgebend. In §. 6. dieses Mandats ist bestimmt, daß, wenn der Vater eines unehelichen Kindes verstorben oder zu dessen Ernährung etwas beizutragen unvermögend sei, zunächst die Mutter die Verbindlichkeit habe, das Kind aus ihren eignen Mitteln zu erziehen, und nur erst, wenn diese nicht vorhanden oder zur Erziehung des Kindes unvermögend sei, die Großeltern des Kindes, zunächst die mütterlicher Seite, in deren Ermangelung aber auch die von väterlicher Seite, als verpflichtet in Anspruch genommen werden könnten. Nach dieser Bestimmung kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß, wenn die Mutter des unehelichen Kindes ein zur Erziehung desselben ausreichendes Vermögen hinterlassen hat, die subsidiarische Verpflichtung der Großeltern nicht eintritt. Denn die nähere Verpflichtung der Mutter ist eine auf ihrem Vermögen haftende und geht daher auf deren Nachlaß über.

Kläger will zwar einwenden, daß das Gesetz die subsidiäre Verpflichtung der Großeltern indistincte für den Fall eintreten lassen wolle, wenn die Mutter verstorben sei, weil darin blos die Alternative, daß entweder die Mutter nicht mehr vorhanden, oder zur Erziehung aus eignen Mitteln unvermögend, aufgestellt, des Falles aber, daß die Mutter zwar verstorben, aber Vermögen hinterlassen habe, nicht gedacht worden. Allein diese Auslegung ist offenbar unstatthaft, da in den Worten: „oder dazu unvermögend" deutlich genug ausgesprochen ist, daß die Vermögenslosigkeit der Mutter, sie mag nun noch am Leben oder bereits verstorben sein, die Vorbedingung sei, unter welcher die Großeltern zur Alimentation herangezogen werden können, und daß bei dem Falle des Nichtvorhandenseins der Mutter vorausgesetzt worden, daß sie ohne Hinterlassung der Mittel zur Erziehung des Kindes verstorben.

Die Behauptung Klägers, daß jedenfalls das Capitalvermögen seines Tuenden nicht für die Bedürfnisse der Erziehung desselben angegriffen werden

dürfe, ſondern blos etwa die — im vorliegenden Falle unzureichenden — Zinſen oder Nutzungen davon zu dieſem Zwecke in Anſpruch genommen werden könnten, iſt unrichtig und bereits Bl. — ausreichend widerlegt. Eben ſo wenig endlich mochte auf den eventuellen Antrag Bl. — eingegangen werden, da es eben ſo unthunlich iſt, im Voraus für einen Fall zu erkennen, der möglicherweiſe gar nicht oder unter Verhältniſſen eintritt, welche einen weſentlich modificirenden Einfluß auf die Entſcheidung haben können, als es zwecklos ſein würde, etwas auszuſprechen, was im vorausgeſetzten Falle in den Geſetzen ſchon ganz von ſelbſt begründet und an ſich gar nicht ſtreitig iſt, ſobald nur dargethan wird, daß die factiſchen Verhältniſſe eingetreten ſind, welche die Anwendung der geſetzlichen Vorſchrift bedingen."

---

## 70.

**Rückſichtlich verheiratheter Ausländerinnen, die ſich ohne ihren Ehemann in Sachſen aufhalten, gilt die Präſumtion, daß ihr Ehemann ſchon im Voraus in alle in Sachſen abzuſchließenden, mit dem Aufenthalte daſelbſt in Verbindung ſtehenden Rechtsgeſchäfte eingewilligt hat, und zwar nicht blos in die zum gewöhnlichen Unterhalt allernothwendigſten. — Der Titel „Frau" involvirt für den, der ihn einer Dame giebt, nicht ohne Weiteres ein Zugeſtändniß, daß ſie verheirathet ſei.**

Mitgetheilt von

Herrn **G.** in D.

Hierüber hat ſich im J. 1850 das K. Appellationsgericht zu Dresden in der nachſtehends abgedruckten Entſcheidung ausgeſprochen. Die Gräfin H. war nämlich einer Waarenſchuld halber vom Kaufmann R. in Dresden verklagt und, weil ſie im Rechtstermine nicht erſchienen war, zur Bezahlung vom K. Stadtgericht daſelbſt verurtheilt worden. Sie appellirte dagegen und berief ſich auf eine Unſchlüſſigkeit der Klage, indem in derſelben einestheils der Einwilligung ihres Ehemannes zu dem Waarenkauf nicht gedacht worden ſei und anderentheils der Kläger dadurch, daß er ſie „Frau Gräfin" titulirt, zugegeben habe, daß er ihre Verheirathung gekannt habe. Das K. Appellationsgericht zu Dresden beſtätigte indeß den Beſcheid erſter Inſtanz und ſprach ſich in den Entſcheidungsgründen folgendergeſtalt aus:

„Der Sachwalter der Beklagten glaubt die von dieſer verhangene Contumaz dadurch unſchädlich machen zu können, daß er die Schlüſſigkeit der Klage und zwar aus dem Grunde beſtreitet, weil, im Falle Jemand gegen eine Frauensperſon klage und dieſelbe in der Klage „Frau" nenne, die Vermuthung dafür ſtreite, daß ſie eine durch die ehemännlichen Rechte in ihrem Dispoſitionsbefugniſſe beſchränkte Ehefrau ſei, indem eine das Verhältniß ändernde Thatſache, Tod des Ehemannes oder Eheſcheidung, nicht präſumirt werden könne, nun aber Kläger die Beklagte in der Klage „Frau" genannt habe, ohne ſich auf die Zuſtimmung ihres Ehemannes zu dem daſelbſt gedachten Kaufgeſchäfte oder darauf, daß ſie Wittwe ſei, bezogen zu haben, Bl. —.

Dieſer Schlußfolgerung iſt jedoch nicht beizutreten. Es wird dabei aus der in der Klage gebrauchten Bezeichnung der Beklagten, als „Frau", zu viel abgeleitet. Wenn nämlich ein hieſiger Gewerbtreibender eine ſich als Gräfin bei ihm einführende, dem Anſcheine nach den höhern Ständen angehörige Frauensperſon mit der Benennung „Frau Gräfin" anredet, oder ſie alſo ſchreibt, ſo folgt daraus nicht, daß er ihr dadurch die Eigenſchaft einer Ehefrau habe beilegen wollen, und daß er die Ueberzeugung gewonnen habe, daß ſie in einem ehelichen Verhältniſſe ſtehe. Beſonders dann, wenn das Wort „Frau" mit der Bezeichnung des Titels einer Gräfin, Fürſtin oder einem andern Titel des höhern Adels in Verbindung gebracht wird, hat es keineswegs die prägnante Bedeutung von „Ehefrau", ſondern iſt präſumtiv nichts weiter, als eine übliche Titulatur, deren ſich der Gewerbtreibende in ſeinen Geſchäften aus Höflichkeit und ohne weitere Prüfung bedienen zu müſſen glaubt.

Die Entſcheidung in der von dem Sachwalter der Beklagten Bl. — angezogenen Rechtsſache, welche Entſcheidung ohnehin an ſich nicht maaßgebend für andere Fälle ſein könnte, beruhte auf andern Prämiſſen, als die jetzt vorliegende. In der dort angeſtellten Klage war die Beklagte ſchlechthin als „Frau von N. N." bezeichnet, ohne daß ihr ein durch Geburt oder Verehelichung beſonders erworbener Titel des höhern Adels, z. B. Gräfin, Fürſtin u. dergl. beigelegt worden wäre. Hierzu kam noch, daß dort eine genauere, die ſelbſtſtändige Fähigkeit der Schuldnerin zu Eingehung von Darlehnscontracten außer Zweifel ſetzende Bezeichnung der Beklagten erforderlich war, da jene Rechtsſache im Executivproceſſe verhandelt wurde, nun aber das der Klage zu Grunde gelegte Document nur mit einem einfachen Geſchlechtsnamen, welchen jene Frauensperſon von dem Ehemanne her zu führen

berechtigt zu sein schien, unterschrieben und diese ungenügende Bezeichnung der Person der Schuldnerin in der Klage nur durch die Benennung derselben als Frau von N. N. einigermaaßen vervollständigt wurde.

Gesetzt nun aber auch, man könnte in dem jetzt vorliegenden Falle wirklich ohne Weiteres annehmen, Beklagte wäre, wie sie jetzt behauptet, aber rechtzeitig nicht eingewendet und noch weniger beigebracht hat, wirklich verheirathet und hätte zur Zeit der in der Klage gedachten Erkaufung einiger unbedeutender Schmuck- und Goldarbeiterwaaren wirklich in ehelichen Verhältnissen gelebt, so würde es dennoch einer besonderen Genehmigung jenes Einkaufs Seiten ihres Ehemannes, um den Fertiger oder Verkäufer jener Gegenstände zu Einklagung der schuldigen Bezahlung zu berechtigen, nicht bedürfen. Beklagte ist Ausländerin und ihre Anführen Bl. — von einer Reise im Innern Ungarns, sowie der Eingang ihrer zu Wien am 3. Juli 1848 Bl. — ausgestellten Vollmacht,

> ihre gesammten Rechtsangelegenheiten in Dresden zu ordnen, namentlich mit ihren Gläubigern zu verhandeln und Gestundungsverträge zu treffen,

in Verbindung mit der Marginalregistratur Bl. — und der Anzeige des Gerichtsbeisitzers R. Bl. — beweisen, daß sie, wenn sie auch wirklich in ehelichen Verhältnissen gestanden hätte, doch sich ohne ihren Ehemann in einer auf ihren Namen ermietheten Wohnung aufhielt und erst geraume Zeit, nachdem sie von Klägerm die Bl. — verzeichneten Waaren erkauft hatte, mit Zurücklassung von Schulden (weshalb, wie aus Bl. — abzunehmen, Kläger nicht allein klagbar worden ist) sich von hier entfernte. Jedenfalls muß man, wenn ein Ehemann seiner Ehefrau sich an einen fremden Ort ohne seine Begleitung zu begeben und daselbst aufzuhalten gestattet, voraussetzen, daß er sie mit den nöthigen Mitteln zu einem standesgemäßen Leben versehen und durch seine Einwilligung in ihren Aufenthalt an einem fremden Ort, überhaupt alle mit demselben in mittelbarer oder unmittelbarer Verbindung stehende, von ihr allein vorgenommene Einkäufe, auch wenn sie nicht blos die allernothwendigsten Bedürfnisse betreffen, sobald nur dieselben nicht dem Stande und Verhältnissen der Ehefrau ganz unangemessen erscheinen, im Voraus genehmigt habe. Und wenn die Erl. Proc.-Ordn. ad tit. LI. §. 1. einen Arrestschlag unter anderm auch in dem Falle, daß ein Ausländischer und in hiesigen Landen nicht Besessener mit hiesigen Unterthanen contrahirt und in demselben zu zahlen sich verpflichtet, und ganz besonders, wenn er bei Handwerksleuten Etwas machen läßt und nicht bezahlt hätte, für zulässig erklärt, so unterscheidet dieses Gesetz nicht, ob der ausländische Schuldner männlichen oder weiblichen Geschlechts, und letzteren Falls, ob er eine verheirathete Frau oder eine unverheirathete Person sei. In der That würde es auch zu den größten Unzuträglichkeiten führen, wenn die Rechtsbeständigkeit eines von einer ausländischen, ohne ehemännliche Begleitung im Inlande reisenden oder auf Zeit sich daselbst aufhaltenden Ehefrau in hiesigen Landen mit einem hiesigen Unterthan abgeschlossenen Einkaufs oder ähnlichen Rechtsgeschäftes nicht auch ohne Nachweisung einer besonderen Genehmigung des Ehemannes rechtlich vermuthet und den Gläubigern diesfallsige Rechtshülfe verweigert würde.

Die Einwendung eines Rechtsmittels gegen den vorliegenden Contumacialbescheid geht auch von einem Sachwalter aus, welcher lediglich eine von der Beklagten allein — ohne Beitritt eines Ehemannes — im Auslande, zu Wien, ausgestellte, auf deren hiesige Schuldverhältnisse, wie schon erwähnt ist, im Allgemeinen gerichtete Vollmacht beigebracht hat. Es ist also ebensowenig anzunehmen, daß, wenn Beklagte wirklich in ehelichen Verhältnissen lebte, was aber weder tempestiv excipirt, noch tempestiv beigebracht ist, der Ehemann durch *diesen* Sachwalter sich dem vorliegenden Streite einzumischen gemeint, als er dazu berechtigt gewesen sei. Es ist nicht zu präsumiren, daß die hierländischen Rechtsgrundsätze über die ehemännliche Vormundschaft und die Dispositionsbeschränkungen der Ehefrauen auch im Auslande gelten.

Am allerwenigsten ist dieses nach den österreichischen Gesetzbüchern der Fall."

---

## 71.

**Die sogenannten Grabecassen bei den Innungen sind in Fällen, wenn ein Beitrittszwang für die Mitglieder der Innungen besteht, nicht nach der Verordnung vom 8. Juni 1849. (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 110.) zu beurtheilen, vielmehr noch immer der obrigkeitlichen Cognition unterworfen.**

Mitgetheilt von
Herrn D. P. in D.

Die Aeltesten der Schneiderinnung zu D., welche Letztere im Jahre 1850 für ihre Begräbnißcasse neue Statuten entworfen hatte, nach deren Inhalt jedesmal einem der Aeltesten die Controle über das

Begräbnißcaſſenweſen zuſteht, beſchwerten ſich im Jahre 1852 bei dem Stadtrathe zu D., daß der Adminiſtrator der Begräbnißcaſſe ihnen dieſes Befugniß darum nicht zugeſtehen wolle, weil ſie bei der früheren Grabecaſſe Beitragsrückſtände verhangen hätten. Wenn letzterer Umſtand nun auch begründet ſei, ſo habe doch die neue Grabecaſſenordnung mit der früheren älteren nichts gemein, als daß die früher Freigeſteuerten in das neue Inſtitut nothwendig mit hätten übernommen werden müſſen.

Die Aelteſten trugen auf Zurückweiſung jener Weigerung des Adminiſtrators und auf Uebertragung dieſer Controle auf ſie an.

Nach abgehaltenem Verhöre ertheilte nun der Stadtrath zu D. folgenden Beſcheid:

„Dem Antrage der Schneideräldeſten, die Controle der Verwaltung der Innungsgrabecaſſe zu verrichten, kann zur Zeit nicht ſtattgegeben werden und ſind dieſelben die erwachſenen Koſten antheilig abzuſtatten ſchuldig, aus folgenden Gründen:

Nach den im Jahre 1850 für die erwähnte Caſſe in Wirkſamkeit geſetzten Statuten hat die bei der hieſigen Schneiderinnung beſtehende Begräbnißcaſſe zeitgemäß umgeſtaltet werden ſollen, in der Abſicht, mit derſelben zugleich die Vortheile einer Sparcaſſe zu verbinden.

Hieraus geht hervor, daß eben dieſe Caſſe ein verſchiedenes Inſtitut von derjenigen Grabecaſſe der Schneiderinnung nicht iſt, für welche unter dem 9. Februar 1819 beſondere Statuten ertheilt worden ſind. Noch deutlicher erhellt ſolches aber daraus, daß nach §. 9. der neuern Statuten die bis zum 1. Juli 1850 Freigeſteuerten das in den früheren Statuten Beſtimmte zu erhalten haben.

Liegen ſomit für die fragliche Caſſe lediglich abgeänderte Statuten vor, ſo iſt es eben ſo folgerichtig, daß diejenigen Mitglieder der Caſſe, welche nach den ehemaligen Statuten der Caſſe ſchuldeten, noch immer die Schuldner derſelben ſind. Denn davon, daß mit der Einführung der neuen Statuten dergleichen Reſte von früher her erlaſſen oder abgeſchrieben werden ſollten, iſt in dieſen neueren Beſtimmungen nirgends etwas vorgeſchrieben.

Nun ſoll aber nach §. 14. der dritte Innungsälteſte zur Controle der Caſſe nur in dem Falle zugelaſſen werden, wenn er der Letzteren nichts ſchuldet.

Da die Impetranten indeſſen, wie ſie nicht abredig geweſen, Schuldner der Caſſe von früher her ſind, ſo kann unter dieſen Umſtänden ihrem Antrage nicht ſtattgegeben werden.

Obwohl demnächſt die Bildung von Grabecaſſen nach der Miniſterialverordnung vom 8. Juni 1849 auf der freien Uebereinkunft der Betheiligten beruht, ſo hat doch nach dem vorliegenden Statute die Begräbnißcaſſe der hieſigen Schneiderinnung inſofern eine eigenthümliche Geſtaltung, als darnach jeder Innungsmeiſter zum Beitritt und zu gewiſſen Beiträgen gezwungen iſt und aus der Innungscaſſe ein jährlicher Beitrag von ziemlicher Erheblichkeit an die Grabecaſſe geleiſtet wird.

Vermöge dieſer der Freiwilligkeit nicht angehörenden Beſtimmungen erſcheint das Statut im Weſentlichen als ein Innungsgeſetz, wozu die Genehmigung der Innungsbehörde erforderlich iſt. Es iſt daher den Innungsälteſten aufzugeben, binnen 4 Wochen die obrigkeitliche Genehmigung dazu nachzuſuchen."

Auf von den beſchwerdeführenden Innungsälteſten gegen dieſen Beſcheid eingewendeten Recurs verordnete die Königliche Kreisdirection zu D.:

„Daß es in der Hauptſache ſowohl, als auch hinſichtlich des Koſtenpunktes bei dem ertheilten Beſcheide nicht zu belaſſen ſei, vielmehr, anlangend den letzteren, die erwachſenen Koſten Obrigkeitswegen zu übertragen ſeien.

Wenn nämlich im Hinblick auf die Miniſterialverordnung vom 8. Juni 1849, wonach die Errichtung von Grabecaſſen fortan dem freien Willen der Betheiligten überlaſſen bleiben ſoll, auch die bei der Schneiderinnung zu D. beſtehende Grabecaſſe, zumal deren frühere Statuten nach Inhalt der Beilagsacten Seiten der vorgeſetzten Behörde ausdrückliche Beſtätigung nicht gefunden haben, lediglich als ein Privatinſtitut ſich darſtellt, deſſen Regulirung und Verwaltung den Betheiligten ſelbſt überlaſſen bleiben muß, ſo befindet die Königliche Kreisdirection, daß es bei dem zur Beſchwerde gezogenen Beſcheide allenthalben nicht zu laſſen, vielmehr ſowohl die Schlichtung der vorliegenden, wegen der Controlführung über die Caſſenverwaltung entſtandenen Differenz den Geſellſchaftsmitgliedern ſelbſt anheimzugeben, als auch von der Prüfung und Genehmigung der neuen entworfenen Statuten Seiten der Obrigkeit, resp. Regierungsbehörde abzuſehen ſei."

Gegen dieſe Verordnung ward von den Aelteſten der Innung anderweiter Recurs ergriffen, und es erging darauf Seiten der Königl. Kreisdirection zu D. unter dem 21. April 1854 folgende Verordnung:

„Dem Königlichen Miniſterium des Innern iſt in Verfolg des ſtadträthlichen, die bei der Schneiderinnung zu D. beſtehende Grabecaſſe betreffenden Berichts der Recurs zur Entſchließung vorgelegt worden, welchen der Schneideräldeſte N. und Gen. gegen die Bl. — erſichtliche Verordnung der Königlichen Kreisdirection zu D. an das gedachte Königliche

Ministerium eingewendet haben, und hat Sich die Königliche Kreisdirection in ihrem diesfallsigen Vortrage, nach anderweiter Erwägung der Sache, im Wesentlichen aus den in Nachstehendem von dem Königlichen Ministerium des Innern hierunter geltend gemachten Gründen nunmehr für das Fortbestehen der gedachten Grabecasse, als eines Innungsstatuts, ausgesprochen.

Nach Einsichtnahme der vorgelegenen Acten ist nämlich auch das Königliche Ministerium des Innern darüber nicht in Zweifel gewesen, daß die hier fragliche Grabecasse schon im Hinblick auf den jederzeit bestandenen Beitrittszwang für die Mitglieder der Schneiderinnung, welcher auch noch in dem Nachtrage zu den Specialinnungsartikeln dieser Innung, Bl. — der Hauptacten, insofern Anerkennung gefunden habe, als danach in §. 3. b. ein Ansatz von 2 Thalern —⁄ —⁄ für den Einkauf in die Grabecasse als ein stehender Bestandtheil der Meisterrechtsgebühren mit aufgenommen sei, als ein integrirender Theil der Innungsverfassung anzusehen und deshalb der unmittelbaren Beaufsichtigung der Innungsobrigkeit unterworfen sei. Hieran werde auch weder dadurch etwas geändert, daß die im Jahre 1826 Seiten der vormaligen Landesregierung angeordnete Regulirung der Verhältnisse der Grabecasse zu einer definitiven Bestätigung der damals entworfenen Statuten nicht geführt, daß vielmehr die Innung die Einrichtung der Grabecasse durch bloße Innungsbeschlüsse geordnet, beziehentlich späterhin abgeändert habe, auch könne bei der Beurtheilung des rechtlichen Verhältnisses dem Inhalte der Verordnung des Königlichen Ministeriums des Innern, die Grabegesellschaften betreffend, vom 8. Juni 1849 ein bestimmender Einfluß eingeräumt werden, da durch diese Verordnung weder die unter Cognition der Behörden bis dahin bereits bestandenen Grabecassen, zu denen die hier fragliche gerechnet werden müsse, da ihre Existenz durch bestätigte Specialinnungsartikel garantirt sei, ohne Weiteres aufgehoben und der bis dahin ausgeübten Aufsicht entlassen worden seien, noch auch die fernere Mitwirkung der Aufsichtsbehörden bei der Entwerfung oder Modificirung solcher Grabecasseninstitute, welche aus besonderen Gründen, wie insonderheit in der Eigenschaft als Innungseinrichtungen mit Beitrittszwang auf einem andern Principe, als demjenigen der Freiwilligkeit beruhten, ausgeschlossen worden sei.

Das Königliche Ministerium des Innern hat daher befunden, daß es in der Pflicht des Stadtraths als Innungsobrigkeit liege, die Angelegenheit und die Organisation der bei der Schneiderinnung bestehenden Grabecasse zum Gegenstande der obrigkeitlichen Regulirung zu machen, zu dem Ende aber eine Revision des dermalen in factischer Wirksamkeit bestehenden Regulativs, soweit nöthig, nach vorgängiger Begutachtung durch einen Rechnungsverständigen eintreten zu lassen und das revidirte Regulativ seiner Zeit zur Bestätigung an die Königliche Kreisdirection einzureichen.

Bei dieser Gelegenheit werde dann auch zu erwägen sein, ob es bei der Fortgewährung des mit Genehmigung der Landesregierung aus der Innungscasse zur Grabecasse verabfolgten jährlichen Beitrags fernerhin zu verbleiben haben werde oder nicht.

Die Entschließung auf den Recurs der Schneideraltesten N. und Genossen hat das Königliche Ministerium bis dahin ausgesetzt, wo sich übersehen lassen werde, ob derselbe sich durch die vorzunehmende Regulirung nicht von selbst erledigen werde."

---

## Miscellen.

**Ernennungen, Anstellungen** ꝛc. Se. Majestät der König haben Allergnädigst geruht, die Ministerial-Secretaire

Demuth im Ministerium des Innern und
Engel bei dem statistischen Büreau des Ministeriums des Innern,

desgleichen die Secretaire

Vogel und Schmalz bei der Kreisdirection zu Dresden,

sämmtlich unter Beibehaltung ihrer Secretariats-Function, zu Referendaren mit Bestimmung ihres Ranges in der fünften Classe der Hofordnung zu ernennen.

Se. Königliche Majestät haben den Appellationsrath beim Appellationsgericht zu Zwickau,

Karl Otto von Kyaw,

zum Oberappellationsrathe zu befördern, auch den Assessor beim Appellationsgericht zu Zwickau,

Rudolph Braun,

und den Actuar beim Landgericht Pirna,

Eduard Neumann,

ersteren als Appellationsrath, letzteren als Hülfsassessor beim Appellationsgericht zu Zwickau anzustellen gnädigst geruhet.

---

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der zu Verwaltung von Patrimonialgerichten im Allgemeinen verpflichtete Advocat Friedrich Gustav Lorenz zu Hain ist bei den Gerichten zu Zottewitz, im Amtsbezirke Hain, als stellvertretender Justitiar eingewiesen, ingleichen ist der Advocat Otto Börner zu Freiberg als Verwalter der Gerichte zu Linda, im Bezirke des Landgerichts Freiberg, verpflichtet worden.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 6i Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 36.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 72.

### Ueber das pactum de mutuo dando und die Erfordernisse einer darauf gegründeten Klage des Darleihers.

Mitgetheilt von
Herrn **M.** in **X.**

Kläger, Carl Jacob K., reichte beim Königl. Justizamte W. gegen Ernst v. F. folgende Klage ein:

Im Monat Juli 1851 sei Beklagter zum Dr. T. in L., welcher im Auftrage des Klägers 50,000 Thlr. —ʼ —ʼ zum Ausleihen auf Hypotheken in den Leipziger Zeitungen ausgeboten gehabt, gekommen, habe demselben mitgetheilt, daß er im Begriff stehe, ein im Königreich Sachsen gelegenes größeres Rittergut, welches mindestens mit 10,000 Steuereinheiten belegt sei, zu kaufen und zu diesem Behufe für Michael 1851 ein Capital von 34,000 Thlrn. —ʼ —ʼ gegen erste Hypothek auf diesem Gute und 3¾ Procent jährliche Zinsen zu erborgen wünsche.

Kläger habe auch gegen Dr. T., welcher ihm hiervon Anzeige gemacht, erklärt, daß er hiermit unter der von ihm ausgesprochenen Voraussetzung einverstanden sei, daß Beklagter das Capital zu Michaelis 1851 fest abnehme, daß ferner eine halbjährige, beiden Theilen freistehende Kündigung festgesetzt, die Zinsen in halbjährigen Raten gezahlt, in dem Fall aber, daß Beklagter das Capital kündigen würde, im letzten Halbjahre vor der Rückzahlung auf 4¼ Procent erhöht werden sollten. Dr. T. habe dies dem Beklagten mitgetheilt, und letzterer demselben erklärt, daß er die gedachten, vom Kläger gestellten Bedingungen allenthalben genehmige.

Unterm 26. Juli 1851 habe hierauf Beklagter an Dr. T. den der Klage im Original sub A. beigefügten Brief geschrieben, in welchem er den Wunsch ausgesprochen, daß die Zinsen auf 3½ Procent festgestellt werden möchten, jedoch zugleich hinzugefügt, daß es bei dem Abgeschlossenen bleibe; zugleich habe er darin den Wunsch ausgesprochen, daß etwas Schriftliches über das Verhandelte ausgewechselt werde.

Als Dr. T. den Kläger von dem Inhalte dieses Briefes in Kenntniß gesetzt, habe Letzterer die Herabsetzung der Zinsen von 3¾ Procent auf 3½ Procent abgelehnt, und Dr. T. dies dem Beklagten mündlich angezeigt, worauf letzterer sich mit der Verzinsung nach 3¾ Procent jährlich anderweit ausdrücklich einverstanden erklärt und das Gesuch um Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde über das Verhandelte mit dem Bemerken wiederholt, daß die Urkunde in doppelten Exemplaren ausgefertigt, das eine Exemplar vom Kläger, das zweite aber von ihm, Beklagtem, vollzogen werden möchte, und daß er, Beklagter, diese Urkunde auf der Expedition des Dr. T. vollziehen, daselbst aber das vom Kläger vollzogene zweite Exemplar in Empfang nehmen würde.

Hierauf habe Dr. T. die der Klage abschriftlich sub B. beigefügte Urkunde ausgefertigt und dem Kläger zugestellt, und letzterer habe sie, von ihm eigenhändig vollzogen, dem Dr. T. mit dem Auftrage zurückgegeben, diese Urkunde an Beklagten auszuhändigen und das von diesem vollzogene Exemplar entgegen zu nehmen.

Unterm 9./11. August 1851 habe Dr. T. von Beklagtem den der Klage im Original sub C. beigelegten Brief erhalten, in welchem ihn letzterer ersucht, das von Klägerm vollzogene Exemplar

der Urkunde an ihn, Beklagten, nach H. einzusenden.

Dr. T. habe dies auch gethan, dem Beklagten mittelst eines demselben vor dem 17. August 1851 richtig behändigten Briefs die mit der Beifuge B. gleichlautende, von Klägern durch seine Namensunterschrift eigenhändig vollzogene Urkunde übersendet, und Beklagten zugleich in diesem Briefe ersucht, ihm das zweite, von Beklagtem zu vollziehende Exemplar dieser Urkunde für Klägern zu übersenden.

Hierauf habe Dr. T. von Beklagtem den der Klage im Original sub D. beigelegten Brief vom 17. August 1851 erhalten, worin Beklagter den Empfang dieser Urkunde bekannt und die Aushändigung resp. Uebersendung des von ihm vollzogenen zweiten Exemplars zugesichert habe.

Am 27. August 1852 habe Beklagter an Dr. T. den der Klage sub E. und am 25. September 1851 den sub F. im Original beigefügten Brief geschrieben, worin er angezeigt, daß er in Kurzem nach L. kommen werde, sei aber dessen ungeachtet weder selbst zum Kläger oder zu dessen gedachtem Bevollmächtigten gekommen, noch habe er das von ihm zu vollziehende Duplicat der Urkunde B. eingesendet.

Kläger habe nun die fraglichen 34,000 Thaler —ʼ —ʼ zu Michaelis 1851 bereit gehabt, um dieselben in Gemäßheit des abgeschlossenen Vertrags und der Urkunde B. an Beklagten auszuzahlen, habe aber vergeblich auf das Eintreffen des Beklagten gewartet, obschon derselbe in dem sub G. der Klage im Original beigelegten, an Dr. T. gerichteten Briefe vom 2. October 1851 sein baldiges Eintreffen in L., um das Geldgeschäft zu ordnen, angezeigt gehabt.

Um nun die fraglichen 34,000 Thlr. —ʼ —ʼ nicht länger aufzubewahren und die damit möglicher Weise verbundene Gefahr zu tragen, habe Kläger die fraglichen 34,000 Thlr. —ʼ —ʼ am 21. October 1851 bei der Leipziger Bank deponirt. Zugleich habe dies Dr. T. dem Beklagten mittelst eines demselben richtig behändigten Briefes sofort angezeigt, und darin bemerkt, daß das gedachte Geld jeder Zeit zu seiner, des Beklagten, Disposition bereit liege, und den Beklagten auch später wiederholt ins Besondere mittelst Schreibens vom 19. November 1851, 13. December 1851 und 26. December 1851, welche Schreiben sämmtlich von Dr. T. sofort nach deren Abfassung unter der Adresse des Beklagten auf die Post gegeben und dem Beklagten auch richtig behändigt worden, wiederholt brieflich aufgefordert, das fragliche Geldgeschäft zu ordnen.

Auch habe Beklagter dies in mehreren, an Dr. T. übersendeten, der Klage sub H. I. K. im Original beigefügten Briefen beziehentlich vom 18. October, 8. November und 12. December 1851 zugesichert, ohne jedoch diesem Versprechen nachzukommen.

In Folge dessen habe sich Kläger veranlaßt gefunden, seinen Bevollmächtigten Dr. T. zu beauftragen, dem Beklagten das fragliche Capital zu kündigen. Demnach habe Dr. T. dem Beklagten mittelst eines vom 13. Januar 1852 datirten, laut des der Klage beigelegten Postscheins sub L. am 13. Januar 1852 auf die Post gegebenen und Beklagtem vor dem 18. ejusdem behändigten Briefes angezeigt, daß ihn Kläger beauftragt habe, das fragliche Capital von 34,000 Thlrn. —ʼ —ʼ zu kündigen, auch Beklagten in diesem Briefe um Einsendung eines Kündigungsbekenntnisses ersucht.

Indessen habe dies Beklagter unterlassen und sei fortgefahren, den Bevollmächtigten des Klägers Inhalts des sub M. der Klage im Original beigelegten, an Dr. T. gerichteten Briefs vom 18. Januar 1852 mit leeren Vertröstungen hinzuhalten, auch dessen fernerweite Schreiben vom 25. April und 20. Mai 1852, worin Dr. T. Beklagten um Einsendung der halbjährigen, zu Ostern 1852 fällig gewesenen Zinsen an Klägern in dessen Auftrage ersucht und welche Schreiben Beklagter sämmtlich durch die Post erhalten gehabt, unbeantwortet gelassen.

Als endlich Dr. T. von Beklagtem die Bezahlung der bis 13. Juli 1852, zu welchem Zeitpunkte die stipulirte halbjährige Kündigungsfrist in Folge der von Seiten des Klägers erfolgten Kündigung des Capitals abgelaufen gewesen, erwachsenen Zinsen mittelst eines dem Beklagten vor dem 25. August 1852 behändigten Briefes gefordert, habe Beklagter Inhalts des der Klage im Original sub N. beigefügten, an Dr. T. gerichteten Briefes vom 25. August 1852 fortgefahren, leere Versprechungen zu machen.

Hiernach sei Beklagter unzweifelhaft verbunden, die Zinsen des fraglichen Capitals nach Höhe von 3½ Procent von Michaelis 1851, mindestens aber vom 21. October 1851, wo Kläger das fragliche Capital bei der Leipziger Bank deponirt habe, ab bis zum 13. Juli 1852 an Klägern zu bezahlen, weil eines Theils Beklagter die Bezahlung dieser Zinsen dem Kläger zugesichert und Kläger seinerseits zu Erfüllung des Darlehnsgeschäfts bereit gewesen, andern Theils aber Kläger durch Beklagtens Weigerung, das Darlehn anzunehmen, außer Stand gesetzt worden sei, das Capital immittelst zu benutzen.

Kläger forderte unter durchgängigem Eidesantrag Einlassung und Antwort auf die Klage und deren Beifugen A. bis N. sub poena confessi et convicti, und beantragte, dahin zu erkennen, daß Beklagter dem Kläger die geklagten Zinsen von 34,000 Thlrn. —ˢ —ˢ Capital, zu 3¾ Procent jährlich gerechnet, auf die Zeit vom 21. October 1851 bis zum 13. Juli 1852 zu bezahlen, demselben auch die verursachten Unkosten ab- und erstatten schuldig.

Beklagter leugnete in der Hauptsache die Deposition des fraglichen Capitals an 34,000 Thalern —ˢ —ˢ bei der Leipziger Bank, referirte den angetragenen Eid und behauptete unter Anderm ausflüchtsweise, es sei als ausdrückliche Darlehnsbedingung festgesetzt worden, daß die darzuleihenden 34,000 Thlr. —ˢ —ˢ vom Kläger einstweilen und bis Beklagter solche gebrauchen könne und werde, bei einem sichern Banquier in L. gegen höchstmögliche Zinsen anzulegen, Kläger sei aber dieser Bedingung nicht nachgegangen.

Hierauf erkannte das K. Spruchcollegium in einem am 6. Mai 1853 publicirten Urthel:

„Weil nach dem, was Beklagter bei dem —sten bis mit —ten, —ten bis mit —ten, —ten bis mit —ten, —ten, —sten, —sten bis mit —sten, —sten bis mit —sten, —sten, —sten, —sten, —sten, —sten, —sten Einlassungsabschnitte, sowie in den Anmerkungen ad pct. lit. cont. —, — und —, auch fol. — jct. fol. — eingeräumt, in genügender rechtlicher Gewißheit beruht, daß Beklagter im Juli des Jahres 1851 zu dem Dr. T. in L., welcher im Auftrage Klägers ein Capital von 50,000 Thalern —ˢ —ˢ zum Ausleihen auf Hypotheken in den Leipziger Zeitungen ausgeboten gehabt, gekommen, demselben mitgetheilt, wie er im Begriffe stehe, ein im Königreiche Sachsen gelegenes Rittergut, welches mindestens mit 10,000 Steuereinheiten belegt sei, zu kaufen und zu diesem Behufe für Michaelis ein Capital von 34,000 Thalern —ˢ —ˢ gegen erste Hypothek auf diesem Gute und 3¾ Procent jährliche Zinsen zu erborgen wünsche, und daß hierauf durch Vermittelung des Dr. T. zwischen Klägerm und Beklagtem ein Vertrag zu Stande gekommen, wornach Ersterer sich verbindlich gemacht, dem Letzteren zu Michaeli 1851 ein Darlehn von der gedachten Höhe gegen erste Hypothek und Verzinsung nach dem angegebenen Procentsatze zu gewähren;

nun aber es einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen kann, daß Kläger unter solchen Umständen, dafern er nur das beregte Capital, wie er behauptet, von dem bestimmten Zeitpunkte an für Beklagten in Bereitschaft gehalten, befugt sei, von da an, obschon Beklagter solches nicht abgeholt, dessen Verzinsung zu verlangen;

weiter, wenn schon das Anführen Klägers fol. —, er habe die fraglichen 34,000 Thaler —ˢ —ˢ zu Michaeli 1851 bereit gehalten, für den gebrauchten Eidesantrag zu allgemein erscheint, dennoch derselbe fol. — auch darauf Bezug genommen, daß er solche am 21. October 1851 bei der Leipziger Bank deponirt habe, dieses Vorbringen aber allerdings Berücksichtigung verdient, da es eben nur darauf ankommt, zu constatiren, daß Kläger außer Stand gewesen, das Capital seinerseits zu benutzen, und der diesfallsige Nachweis, wenn eine Deposition bei der Bank erfolgt wäre, geliefert sein würde, um so mehr, als Beklagter fol. — ausreichend eingeräumt, daß die Bank ihrerseits keine Zinsen gewährt;

so ist Beklagter, falls Kläger den über den —sten Einlassungspunkt fol. — angetragenen, fol. — zurückgegebenen Eid, zugleich unter Berücksichtigung der Erläuterung fol. — in der Maaße:

> „daß er wirklich am 21. October 1851 das in der Klage erwähnte Capital von 34,000 Thalern —ˢ —ˢ durch das Handlungshaus B. & Co. zu L. bei der dasigen Bank deponiren lassen",

schwört, demselben die geforderten Zinsen eines Capitals von 34,000 Thlrn. —ˢ —ˢ, nach Höhe von 3¾ Procent berechnet, gebetener Maaßen auf die Zeit vom 21. October 1851 bis zum 13. Juli 1852 zu bezahlen, auch die auf diesen Proceß verwendeten Unkosten, soweit solche überhaupt zur Restitution sich eignen, als worüber, da nöthig, in der Executionsinstanz vom Proceßgericht selbst Entschließung zu fassen sein wird, zu erstatten schuldig;

er könnte und wollte denn die fol. — sub 2. vorgeschützte Ausflucht, welche allerdings als beachtenswerth sich darstellt, da, die Richtigkeit des dort Vorgebrachten vorausgesetzt, die Klage noch anders zu begründen gewesen sein würde, binnen Sächsischer Frist, Klägerm der Gegenbeweis, beiden Theilen der Eidesantrag, auch andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht, erweisen, solchenfalls ergehet sowohl in der Hauptsache, als in Betreff des Kostenpunktes allenthalben ferner, was Recht ist.

Im Uebrigen mag der fol. — sq. befindliche Replikſatz als versäumt nicht angesehen werden, da solcher nach fol. — noch im Inrotulationstermine eingegangen."

Auf die von beiden Theilen gegen dieses Urthel eingewendeten Appellationen entschied hierauf das K. Appellationsgericht zu Zwickau durch ein am 5. October 1853 publicirtes Urthel:

„Daß es auf die Berufung Klägers bei dem angefochtenen Urthel nicht zu laſſen, ſondern es bewendet, wenn Kläger in der Bl. — gedachten Maaße ſchwört, ſchlechterdings, und ohne daß Beklagtem der Beweis des Bl. — flg. unter 2. Vorgebrachten nachzulaſſen, bei demjenigen, was für dieſen Fall Bl. — flg. in der Hauptſache, ſowie der Koſten halber erkannt worden iſt, immaaßen ſothanes Urthel im Uebrigen und zur Berufung des Beklagten, unter Compenſation der durch die ergriffenen Rechtsmittel entſtandenen Koſten, wie hiermit geſchieht, zu beſtätigen.

Entſcheidungsgründe:

A. Zur Appellation des Beklagten.

Der erhobenen Klage liegt ein ſ. g. pactum de mutuo dando zu Grunde.

Daß aus einem ſolchen gegen den Promittenten auf Auszahlung des Darlehns geklagt werden könne, leidet keinen Zweifel. Es iſt aber auch nicht zu beſtreiten, daß aus einem derartigen Vertrage auf Annahme des Darlehns und überhaupt Erfüllung des Vertrags gegen den, welchem das Darlehn zugeſichert worden iſt, dann eine Klage Statt habe, wenn aus gewiſſen Rückſichten, z. B. wegen verſprochener Verzinſung des künftigen Darlehns, der Vertrag ſelbſt nicht allein zum Vortheil des Darlehnempfängers, ſondern auch zu dem des Darleihers gereicht; denn in dieſem Falle hat auch dieſer an Realiſirung des Vertrags ein wohlgegründetes Intereſſe, das auch ihm gegen den andern Theil ein erzwingbares Recht erzeugt, und daher wider ſeinen Willen durch die bloße Weigerung des Mitcontrahenten nicht entzogen werden kann.

vergl. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle vom Jahre 1848. S. 141 flg. 421 flg.

Nach dieſen Grundſätzen, deren Richtigkeit von Beklagtem ſelbſt nicht beſtritten wird, erſcheint der Anſpruch Klägers auf vertragsmäßige Verzinſung des Bl. — gedachten Capitals der 34,000 Thlr. —‚ —‚ vollſtändig gerechtfertigt,

a. wenn der Vertrag in der in der Klage angegebenen Maaße zu Stande gekommen, und

b. Kläger ſelbſt zur beſtimmten Zeit das Geld, auf deſſen Darleihung Beklagter Anſpruch hatte, bereit gehalten hat.

ad a. In erſterer Hinſicht ſtehen Klägerm die Zugeſtändniſſe des Beklagten bei Punkt — — — L. C. nicht minder die Rechtskraft des Inſtanzurthels, welches Beklagten nach Bl. — in dieſer Beziehung für geſtändig geachtet, deshalb aber von Letzterem nach Ausweis der Deductionsſchrift Bl. — flg. eine Anfechtung nicht erlitten hat, zur Seite.

ad b. In anderer Beziehung iſt zwar von Beklagtem die Schlüſſigkeit der Klage zu beſtreiten verſucht worden; allein ohne Grund.

Eine Verbindlichkeit Klägers zu einer legalen Depoſition in der Art, wie ſie Beklagter Bl. — verlangt, war nicht vorhanden, da die vertragsmäßige Verpflichtung deſſelben lediglich darin beſtand, das Capital zur feſtgeſetzten Zeit in Bereitſchaft zu halten, um es Beklagtem auf Verlangen ausantworten zu können.

Daß aber Kläger zu Erfüllung dieſer Verbindlichkeit bereit und fähig geweſen, muß angenommen werden, wenn die Thatſache in Wahrheit beruht, daß er unterm 21. October 1851 das Capital der 34,000 Thlr. —‚ —‚ durch das Handlungshaus B. & Comp. zu L. bei der daſigen Bank hat deponiren laſſen.

Daß dem Kläger von der Leipziger Bank das Capital nicht verzinſt worden, iſt, abgeſehen davon, daß die Auslaſſungen des Beklagten ſelbſt Bl. — darauf, daß dies nicht geſchehen, hindeuten, im Zweifel um ſo mehr vorauszuſetzen, als Depoſition an ſich ein unverzinsliches Geſchäft iſt. Wollte Beklagter mit der Behauptung des Gegentheils von der vertragsmäßigen Verpflichtung der Verzinſung ſich befreien, ſo war es ſeine Sache, hierunter mit geeigneten exceptiviſchen Anführungen hervorzutreten.

Einer Bezugnahme darauf, daß Beklagter zur obigen Depoſition ſeine Genehmigung ertheilt habe, bedurfte es aber um ſo weniger, als in gegenwärtiger Sache das Factum der Depoſition überhaupt nur deshalb von Gewicht erſcheint, weil dadurch die Bereitſchaft Klägers, ſeinerſeits den Vertrag zu erfüllen, beurkundet wird.

Eventuell hat Beklagter nach Bl. — noch daraus eine Beſchwerde entlehnen wollen, daß nicht wenigſtens das Bl. — geförmelte relatum auf die Bl. — bemerkte Kündigung erſtreckt worden. Allein erwägt man, daß die Verpflichtung des Beklagten zur Verzinſung des fraglichen Capitals vertragsmäßig, und vorausgeſetzt, daß eben Kläger das Geld gehörig in Bereitſchaft gehalten, ſo lange beſtand, bis von der einen oder andern Seite Aufkündigung erfolgt war, daß es alſo zur Begründung des von Klägerm erhobenen Zinſenanſpruchs einer Bezugnahme auf Kündigung gar nicht bedurfte, und daß inſoweit die Berufung darauf nur zu Gunſten des Beklagten ſtattgefunden, ſo leuchtet auch ein, daß dieſe Beſchwerde des letzteren ebenfalls unerheblich.

Es war daher zur Berufung des Beklagten das angefochtene Urthel lediglich zu beſtätigen.

B. Zur Appellation Klägers.

Dagegen ist es allerdings angemessen erschienen, in der von ihm beantragten Maaße reformatorisch zu erkennen.

Wenn Beklagter Bl. — flg. bemerkt, es sei als ausdrückliche Darlehnsbedingung festgesetzt worden, daß die darzuleihenden 34,000 Thlr. —‚ —‚ vom Darleiher einstweilen, und bis Beklagter solche gebrauchen könne und werde, bei einem sichern Banquier in L. gegen höchstmögliche Zinsen anzulegen, und mit der fernern Behauptung, daß dieser Bedingung von Klägerm nicht nachgegangen worden, seine Verurtheilung abzuwenden sucht, so enthält dies weiter nichts, als Fundamente zu einem Schädenanspruche, mit welchem Beklagter die Forderung Klägers aufheben will; allein nur unvollkommene Fundamente.

Denn zu Begründung eines solchen Gegenanspruchs gehörte nothwendig das weitere Anführen, daß Kläger auch Gelegenheit gehabt, das Geld in der erwähnten Weise sicher und zinsbar anzulegen, da außerdem die Nichterfüllung obiger Bedingung ebensowenig dem Kläger als Schuld angerechnet, wie für den Beklagten als Ursache eines von ihm erlittenen Nachtheils angesehen werden kann.

Das Anführen Bl. — flg. hat daher, als ungenügend zu Begründung einer rechtlichen Folge, in jetziger Instanz Beachtung nicht finden können.

Die Compensation der Proceßkosten bedarf nach Lage der Sache keiner besonderen Rechtfertigung."

Dieses Erkenntniß wurde auch ungeachtet der vom Beklagten dagegen eingewendeten Appellation vom Königl. Oberappellationsgericht unterm 24. November 1853 comp. expens. bestätigt, und zwar aus folgenden Entscheidungsgründen:

„Da das vorige Urthel im Wesentlichen aus den demselben beigegebenen Gründen zu bestätigen gewesen ist, so beschränkt man sich auf folgende kurze Bemerkungen:

Der Beklagte wiederholt Bl. — flg. seine Behauptung, daß der klagbar gemachte Zinsenanspruch eine legale Deposition der fraglichen 34,000 Thaler —‚ —‚ Seiten des Klägers voraussetze, diese Voraussetzung aber hier fehle, weil die Leipziger Bank, bei welcher der Kläger deponirt habe, keine zur Empfangnahme von Depositen berechtigte öffentliche Behörde sei. Diese Meinung hat man jedoch auch in der gegenwärtigen Instanz für richtig nicht ansehen können. Denn die Verbindlichkeit des Beklagten zu Bezahlung der geklagten Zinsen beruht auf dem dem Darlehnsvertrage beigefügten Zinsversprechen und setzt zu ihrer Entstehung weiter etwas nicht voraus, als den Ablauf der bestimmten Zinstermine. Höchstens ließe sich behaupten, daß die Auszahlung des Darlehns an den Beklagten die Bedingung der Verbindlichkeit zur Zinszahlung enthalten habe, diese letztere also nach den Grundsätzen über die Contractverhältnisse bei zweiseitigen Contracten nur dann als eingetreten zu betrachten sei, wenn der Kläger sich darauf zu beziehen vermöge, daß er das Darlehn zur bestimmten Zeit für den Beklagten bereit gehalten habe. Wollte man dies annehmen, so würde auch in dieser Beziehung das Anführen in der Klage, daß der Kläger das Capital am 21. October 1851 bei der Leipziger Bank deponirt habe, jedenfalls hinreichen, indem darin so viel liegt, daß der Kläger das Capital in Bereitschaft gehabt und von dem Tage der erfolgten Deposition an nicht weiter benutzt habe. Einer Deposition bei einer Gerichtsbehörde bedurfte es dagegen in keinem Falle, da diese nicht etwa das alleinige Merkmal für die Bereitwilligkeit des einen Contrahenten zu Erfüllung seiner contractlichen Verbindlichkeiten enthält, sondern in den Gesetzen blos für den Fall vorgeschrieben ist, wo es darauf ankommt, daß das ganze obligatorische Verhältniß eines Schuldners für immer als beendet betrachtet werden soll.

Es ergiebt sich hieraus, daß, wenn in den beiden vorigen Instanzen dem Kläger ein relatum dahin, daß er am 21. October 1851 das Capital der 34,000 Thlr. —‚ —‚ bei der Leipziger Bank habe deponiren lassen, zuerkannt worden, den Ansprüchen, welche der Beklagte in dieser Beziehung hat machen können, in jeder Hinsicht Genüge geschehen ist.

Auf den Einwand, daß zu Begründung der Klage das Anführen gehört habe, daß die 34,000 Thlr. —‚ —‚ von der Leipziger Bank nicht verzinst worden seien, ist der Beklagte selbst nicht einmal zurückgekommen, und es bedarf daher nicht erst der Bemerkung, daß man dem von der vorigen Instanz Bl. — darüber Gesagten unbedenklich beigetreten sein würde.

Anlangend die Einrede unter No. 2. Bl. — flg., so bezieht man sich auf die ganz richtige Ausführung der vorigen Instanz Bl. — flg. und fügt derselben nur noch die Bemerkung hinzu, daß zu Rechtfertigung dieser Einrede eine Bezugnahme darauf, daß der Kläger auch Gelegenheit gehabt habe, das Geld in der erwähnten Weise sicher und zinsbar unterzubringen, um so mehr erforderlich gewesen wäre, als nach dem, was von dem Beklagten in dieser Beziehung angeführt worden ist, es fast ausschließlich von dem subjectiven Ermessen des Klägers abgehangen hätte, ob die zur verzinslichen Unterbringung bei

einem Banquier etwa gebotene Gelegenheit zu benutzen wäre oder nicht.

Aus dieſen Gründen war das vorige Urthel, der Appellation des Beklagten ungeachtet, lediglich zu beſtätigen.

Deſſen ungeachtet waren die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz zu compenſiren, weil die Appellation zum Theil gegen eine reformatoria gerichtet war."

---

## 73.

1) Iſt eine ſelbſtſtändige Klage auf zeitweilige Scheidung von Tiſch und Bett zuläſſig? — 2) Zu §. 64. des Geſetzes C. vom 28. Januar 1835, die Einziehung von Alimenten betr.

Mitgetheilt von

Herrn Fl. in L.

Bei dem Königl. Appellationsgerichte zu Leipzig kamen Louiſe verehel. K. und Carl Eduard K. ziemlich gleichzeitig mit Eheklagen ein, erſtere beantragte hierin unter Bezugnahme auf erduldete Mißhandlungen und den Verdacht ehelicher Untreue Seiten ihres Ehemannes zeitweilige Scheidung von Tiſch und Bett, — letzterer dagegen ein die Ehefrau zu Fortſetzung der Ehe verurtheilendes Erkenntniß.

Die verehel. K. hatte ausdrücklich erklärt, von den ihr zur Seite ſtehenden Eheſcheidungsgründen zur Zeit keinen Gebrauch machen zu wollen.

Das Erkenntniß erſter Inſtanz verurtheilte unter dem 10. März 1852 beide Theile zu Fortſtellung der Ehe, weil auf die Einwendungen der Beklagten rechtliches Abſehen nicht zu richten, auch der geſtellte Antrag auf Scheidung von Tiſch und Bett theils überhaupt, theils unter den vorliegenden Umſtänden als unbeachtlich ſich darſtelle.

Hiergegen appellirte die verehel. K., und es erfolgte eine reformatoriſche, den Parteien am 10. Juli 1852 publicirte Entſcheidung des Königl. Oberappellationsgerichts des Inhalts:

> daß es bei dem Urthel (erſter Inſtanz) allenthalben nicht zu laſſen, ſondern es werde der Klägerin, ihrem Antrage gemäß, von Beklagtens Tiſch und Bett geſondert zu leben bis auf weitere Anordnung geſtattet; es ſei auch Beklagter der Klägerin die nöthigen Kleider, Betten, Wäſche und ſonſtigen Effecten, ſoweit es nicht etwa bereits geſchehen, zu verabfolgen, nicht minder derſelben zu ihrem Unterhalte allwöchentlich einen, zunächſt in erſter Inſtanz mit Hinſicht auf die Standes- und Vermögensverhältniſſe des Beklagten und die Erwerbsfähigkeiten der Klägerin feſtzuſtellenden Geldbetrag zu verabreichen verbunden.

Entſcheidungsgründe:

„Die Statthaftigkeit einſtweiliger Separation der Eheleute oder der ſogenannten Scheidung von Tiſch und Bett auf den Fall zu beſchränken, wenn gleichzeitig wegen gänzlicher Ehetrennung geklagt worden, mithin darin blos eine den Hauptproceß begleitende und durch denſelben bedingte Nebenmaaßregel zu erblicken, iſt unrichtig, vielmehr kann der Antrag auf zeitweilige Abſonderung auch ganz ſelbſtſtändig, d. h. ohne Rückſicht darauf, ob ein die gänzliche Trennung der Ehe bezweckender Proceß anhängig iſt oder nicht, von dem einen oder andern Ehegatten geſtellt und zum Gegenſtande rechtlicher Entſcheidung gemacht werden. Dies beruht ebenſo in ausdrücklichen geſetzlichen Beſtimmungen, als der Gerichtsbrauch darüber bisher nicht zweifelhaft geweſen.

Weber, ſyſtem. Darſtellung des im Königreiche Sachſen geltenden Kirchenrechts, II. Theil, 3. Abthl. §. 129. Seite 1188. und §. 132 Seite 1281 flg.

Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß zu Begründung eines ſolchen auf blos *temporäre* Suspendirung der Wirkungen der Ehe gerichteten Antrages es nicht der Beziehung auf einen der durch die Geſetze oder den Gerichtsbrauch anerkannten Eheſcheidungsgründe bedarf, ſondern auch *geringere* Urſachen ſchon ausreichen müſſen, worüber in Ermangelung näherer geſetzlicher Beſtimmungen das richterliche Ermeſſen im concreten Falle zu entſcheiden hat. Um ſo mehr wird aber ein ſolcher Antrag für begründet zu erachten ſein, wenn dem klagenden Ehegatten ſogar Gründe zur Seite ſtehen, aus welchen er auf völlige Trennung der Ehe klagen könnte, wennſchon er dieſelben nicht zu dieſem letzteren Zwecke, ſondern, was ihm offenbar frei ſteht, blos zu Erreichung einer temporären Sonderung geltend machen will.

Aus dem ſo eben Bemerkten ergiebt ſich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Zunächſt mußte die verehel. K., da dieſelbe Bl. — ausdrücklich den Antrag auf Scheidung von Tiſch und Bett geſtellt hat, formell als Klägerin betrachtet werden. Daß dies in voriger Inſtanz nicht geſchehen, iſt daher Bl. — mit Recht urgirt worden, indeß genügte es zu Abhülfe dieſer Beſchwerde, daß in dem gegenwärtigen Erkenntniſſe die verehel. K. ohne Weiteres als Klägerin rubricirt wurde.

Sodann ſtellt es ſich aber auch als ungeeignet dar, daß im vorigen Urthel der Antrag der Klägerin

als „überhaupt" unbeachtlich bezeichnet worden. Es konnte vielmehr nur darum ſich fragen, ob die im concreten Falle für den Antrag vorgebrachten Gründe für ausreichend anzuſehen oder nicht, und nur, inſofern letzteres der Fall, hätte eine Zurückweiſung des Antrages erfolgen können, nicht aber ließ ſich derſelbe ohne alle Rückſicht auf die Beſchaffenheit der Begründung als unſtatthaft bezeichnen, gleichſam als ob überhaupt ein Antrag auf Scheidung von Tiſch und Bett ſelbſtſtändig, d. h. ohne Verbindung mit einem Antrage auf gänzliche Trennung, gar nicht von der Klägerin hätte geſtellt werden können. Auch der aus den Acten ſich ergebende Umſtand, daß eine factiſche Abſonderung zwiſchen den K.'ſchen Eheleuten bereits bisher ſeit längerer Zeit ſtattgefunden, konnte keinen Grund abgeben, ſich von vorn herein dem Antrage der Klägerin entgegen zu erklären, da bekanntlich eine eigenmächtige Trennung der Eheleute gar keine rechtlichen Wirkungen hat, mithin auch von dem Richter als gar nicht vorhanden anzuſehen iſt, und der Klägerin nicht entgegengehalten werden kann, wenn ſie durch richterlichen Ausſpruch einen rechtlich wirkſamen Zuſtand der Separation herbeigeführt wiſſen will."

Der weitere Inhalt des Erkenntniſſes, welcher den Nachweis der Zulänglichkeit der von der Klägerin vorgebrachten Gründe zu Unterſtützung des Antrages auf Geſtattung des geſonderten Lebens zum Gegenſtande hat, bietet kein allgemeines Intereſſe dar.

Bei der, wie ſchon gedacht, am 10. Juli 1852 erfolgten Publication des obigen Erkenntniſſes wurde zugleich der von dem Beklagten der Klägerin zu gewährende Alimentenbetrag auf 2 Thaler —ˢ —ˢ wöchentlich feſtgeſetzt.

In Folge weiterer Appellation der Klägerin wurde jedoch dieſer Betrag durch eine den Parteien am 2. Februar 1853 bekannt gemachte Verordnung des Königl. Oberappellationsgerichts auf 3 Thaler —ˢ —ˢ wöchentlich erhöht.

Klägerin beantragte nunmehr Einziehung der verfallenen Alimente, und das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig fügte dem diesfallſigen Geſuche, indem es an das betreffende Untergericht verordnete, die ſeit dem 10. Juli 1852 bis zu dem Tage des Erlaſſes der Verordnung (15. März 1853) verſtandenen Alimentengelder nach Höhe von 3 Thalern —ˢ —ˢ wöchentlich von dem Beklagten da nöthig executiviſch einzubringen.

Hiergegen remedirte Beklagter bei dem Untergerichte, hauptſächlich aus dem Grunde, weil er ſich nicht für verbunden erachtete, den erhöhten Alimentenſatz ſchon vom 10. Juli 1852 ab zu gewähren.

Das Königl. Appellationsgericht, welchem dieſe Berufung berichtlich angezeigt wurde, betrachtete dieſelbe als gegen deſſen eigene Entſchließung gerichtet, und ſtellte die weitere Beſchlußfaſſung dem Königl. Oberappellationsgerichte anheim.

Letzteres lehnte jedoch dieſelbe ab, indem es bemerkte: „Nach §. 64. des Geſetzes sub C. vom 28. Januar 1835 hat, wenn es ſich um die executiviſche Beitreibung von Alimenten handelt, welche im Ehegericht der Ehefrau für die Dauer des Eheſtreites oder einer zeitigen Scheidung von Tiſch und Bett zuerkannt hat, das Ehegericht den ordentlichen Richter des Ehemannes hierzu nicht zu requiriren, oder, wenn das Ehegericht ein Appellationsgericht iſt, zu beauftragen, ſondern dieſe Execution dem ordentlichen Richter, als judex causae, zu überlaſſen. Mit der Ausſetzung der Alimente endet in dieſer Richtung die Cognition des Ehegerichtes, und namentlich gehört auch die Feſtſtellung des Liquidums der ſelbſtſtändigen Entſchließung des ordentlichen Richters an, welcher hierzu von dem Ehegericht nur die erforderlichen Unterlagen zu erhalten hat. Von ſelbſt folgt hieraus, daß über Einwendungen im Executionsverfahren, ſobald dieſe nicht auf die Behauptung hinauslaufen, daß die von dem Ehegerichte ausgeſprochene Alimentationsverbindlichkeit überhaupt nicht mehr verhanden ſei, oder der Ehemann wegen veränderter Umſtände auf eine Herabſetzung des feſtgeſetzten Alimentationsquantums Anſpruch habe, von dem ordentlichen Richter ſelbſtſtändige Entſchließung zu faſſen und auf eine eingewendete zuläſſige Berufung in zweiter Inſtanz von dem Bezirksappellationsgerichte als ſolchem (ohne alle Rückſicht auf deſſen etwanige gleichzeitige Eigenſchaft als das Ehegericht, welches die Alimente ausgeſetzt, und deren executiviſche Beitreibung dem ordentlichen Richter überlaſſen hat) zu cognosciren iſt.

Im vorliegenden Falle handelt es ſich nur um die Frage, von welchem Zeitpunkte an das in zweiter Inſtanz erhöhte Alimentationsquantum zu zahlen ſei, alſo lediglich um die Execution der ehegerichtlichen Verfügung und um deren für die Feſtſtellung des Liquidums maaßgebende Bedeutung. Nach der Anſicht des Oberappellationsgerichts hat alſo das Landgericht zu L. über die diesfallſige Einwendung des Beklagten mit Recht cognoscirt und die gegen ſeine Reſolution eingewendete Appellation an das Königl. Appellationsgericht, nicht als Ehegericht, ſondern als Juſtizbehörde zweiter Inſtanz einberichtet. Daß das Königl. Appellationsgericht der Verordnung Bl. — eine dieſen geſetzlichen Competenzbeſtimmungen nicht entſprechende Faſſung gegeben, auch das zu ſelbſtſtändiger Cognition über das Executions-

gesuch competente Untergericht nicht in den Besitz der hierzu erforderlichen Unterlagen gesetzt und dasselbe formell in die Lage eines beauftragten Richters gebracht hat, kann das Oberappellationsgericht nicht bestimmen, auf diesem, den gesetzlichen Competenzbestimmungen nicht entsprechenden Wege fortzugehen, und in seiner hier gar nicht einschlagenden Stellung als Ehegericht in zweiter Instanz über eine Frage zu cognosciren, zu deren Entscheidung dasselbe nur in Folge eines zulässigen Rechtsmittels gegen die zweitinstanzliche Entscheidung des Königl. Appellationsgerichts, als Justizbehörde dritter Instanz competent werden könnte.

Etwas ganz Anderes wäre es, wenn die Einwendungen des Beklagten gegen die executivische Beitreibung der von demselben in Rückstand gelassenen, Bl. — erwähnten Kosten gerichtet wären, da insoweit das Königl. Appellationsgericht Proceßgericht ist, und den Unterrichter mit vollem Rechte zur Execution beauftragt hat."

Das Königl. Ministerium der Justiz, welchem diese Differenz zur Entscheidung vorgetragen wurde, trat der Ansicht des Königl. Oberappellationsgerichts allenthalben bei, und sprach sich in einer Verordnung vom 14. October 1853 dahin aus:

Es sei als eine irrige Auslegung des §. 64. des Gesetzes sub C. zu betrachten, wenn das Appellationsgericht darin nur eine Ausdehnung der allgemeinen Regel finde, daß erimirte höhere Gerichte nie selbst ihre Erkenntnisse und Verordnungen vollstrecken, sondern deshalb an die Untergerichte zu gehen haben. Dies widerlege sich schon aus der dem §. 64. eingeschalteten Parenthese „(wenn sie nicht in einer andern Eigenschaft competent sind)", womit auf den Fall hingewiesen werde, daß eine Ehesache zwischen Eheleuten, die ihren persönlichen Gerichtsstand vor einem Appellationsgerichte haben, anhängig sei. In diesem Falle würde allerdings das Untergericht auch die Vollstreckung wegen der zuerkannten Alimente nur als Beauftragter des Appellationsgerichts vornehmen können. ꝛc.

Es hätte daher das Appellationsgericht in der Bl. — erlassenen Verordnung sich einer Bestimmung darüber, was zum Gegenstande der Vollstreckung zu machen sei, und insonderheit einer Entscheidung der Frage, ob der Beklagte den von dem Oberappellationsgerichte festgestellten höhern Alimentensatz vom 10. Juni 1852 oder erst vom 13. Januar 1853 an zu entrichten habe, enthalten, vielmehr diese Entscheidung, als einen zur Interpretation des zu exequirenden Urthels und daher zur Execution selbst gehörigen Passus dem zur Execution competenten Untergerichte selbst überlassen, und, dafern die Entscheidung des letztern appellirt wurde, über diese Appellation in zweiter Instanz cognosciren sollen.

Nun habe das Königl. Ministerium der Justiz, da das Appellationsgericht den gedachten Passus durch die von ihm erlassene Executorialverordnung bereits entschieden habe, und hierdurch in die Lage gekommen sei, über eine von ihm selbst gegebene Entscheidung cognosciren zu sollen, dem Oberappellationsgerichte anheim gegeben, die fragliche Entscheidung in Form einer declaratoria seiner Bl. — der Acten ersichtlichen Verordnung zu geben, indem es von der Ansicht ausgegangen, daß gleich in dieser Verordnung selbst hätte bestimmt werden können, von welcher Zeit an K. den Alimentenbetrag von 3 Thlrn. —ˢ —ˢ zu entrichten verbunden sei. Indeß habe das Oberappellationsgericht die Ertheilung einer solchen declaratoria unter dem Bemerken abgelehnt, daß nach seiner Ansicht weder von einer Undeutlichkeit, noch von einer Unvollständigkeit der von ihm Bl. — erlassenen Verordnung die Rede sein könne. Denn wenn es in derselben heiße, daß es bei der den Parteien Bl. — bekannt gemachten Entschließung hinsichtlich der Höhe der darin bemerkten Alimente nicht zu lassen, diese Alimente vielmehr auf wöchentlich Drei Thaler —ˢ —ˢ zu bestimmen seien;

so sei diese Fassung vollständig klar, deutlich und erschöpfend. Es sei dadurch die Entschließung erster Instanz hinsichtlich der Höhe der zugebilligten Alimente aufgehoben, und die desfallsige abändernde Entscheidung an deren Stelle gesetzt worden, woraus von selbst folge, daß der erhöhte Satz nicht erst von der Rechtskraft der zweitinstanzlichen Entscheidung, sondern schon von dem Zeitpunkte an zu entrichten sei, mit welchem die in erster Instanz ausgesprochene Alimentenverbindlichkeit des Beklagten beginne.

In diesem Sinne ist hierauf von dem Königl. Appellationsgerichte zu Leipzig an das betreffende Untergericht verfügt, demgemäß aber die von dem Beklagten eingewendete Appellation verworfen worden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 37.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 74.

**Die Verheimlichung und Vorenthaltung eines aufgefundenen Schatzes, dem Grundeigenthümer gegenüber, ist kein criminalrechtlich strafbares Verbrechen, sondern begründet nur für den Eigenthümer des Fundortes gegen den Finder eine persönliche Klage auf Gewährung der Hälfte des Schatzes.**

Mitgetheilt von

Herrn S—r in B.

In dem im Jahrgange 1849 dieses Wochenblattes unter Nr. 15. (35.) Seite 118 ff. mitgetheilten Falle ist das Verschweigen eines aufgefundenen Schatzes hinsichtlich der nach Vorschrift der Rechte dem Grundeigenthümer zukommenden Hälfte desselben von dem Königl. Appellationsgericht zu Dresden als eine nach den Bestimmungen des Artikels 241. des Criminalgesetzbuches zu beurtheilende Fundunterschlagung angesehen und der Angeschuldigte auf Grund des ersten Abschnittes dieses Artikels, verb. mit Artikel 223—224. und des Artikels 65. mit Strafe belegt worden, dagegen das Königl. Oberappellationsgericht bei Abfassung des anderweiten Erkenntnisses von der Ansicht ausgegangen, daß gegen den Finder eines Schatzes, da voraussetzlich erst nach der Besitzergreifung der Wille entstanden ist, das Gefundene zurückzuhalten, die Strafe der Veruntrauung, natürlich unter Beobachtung der Minderung der Summe durch das gesetzliche Finderlohn, in Anwendung zu bringen sei, hat jedoch den Inculpaten aus den dort beigefügten Gründen im Mangel mehreren Verdachts freigesprochen.

In einem neuerlich bei dem Justizamte K. zu K. zur Untersuchung gekommenen ähnlichen Falle hat jedoch das Königl. Oberappellationsgericht — während von dem Königl. Appellationsgericht zu Budissin, wie in dem vorerwähnten früheren Falle von dem Königl. Appellationsgericht zu Dresden, das Verschweigen eines aufgefundenen Schatzes bezüglich der dem Grundeigenthümer zukommenden Hälfte als Fundunterschlagung betrachtet und in dem diesfalls gesprochenen, am 11. Juni 1853 publicirten Erkenntnisse auf Grund des ersten Abschnittes des 241sten Artikels des Criminalgesetzbuches der Hauptangeschuldigte wegen Vorenthaltung des Gefundenen mit sechsmonatlicher Arbeitshausstrafe belegt, dagegen die übrigen der Betheiligung an diesem Verbrechen und Begünstigung desselben beschuldigten Personen beziehendlich im Mangel mehreren und einigen Verdachts, ingleichen gestalten Sachen nach freigesprochen worden — in der auf anderweite Vertheidigung der Angeschuldigten unterm 16. Juni 1854 ertheilten Entscheidung, abweichend von seiner früheren Rechtsmeinung, der Ansicht sich zugewendet: daß der Auffinder eines Schatzes, wenn er dem Eigenthümer des Fundortes gegenüber diese Thatsache zu unterdrücken und zu verheimlichen sucht, überhaupt ein criminalrechtlich strafbares Verbrechen gar nicht begehe, sondern dem Grundeigenthümer gegen den Finder nur eine persönliche Klage auf Gewährung der Hälfte des Schatzes zustehe, demnach auch sämmtliche Angeschuldigte gestalten Sachen nach freigesprochen.

Die Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des K. Appellationsgerichts zu B., in denen zugleich das Factische, welches der Untersuchung zur Unterlage gedient hat, kürzlich erwähnt wird, sind folgende:

„Am 8. Juni 1852 fand Johanne Eleonore verehel. S., als sie auf dem Ackerland, auf welchem früher die zum Rittergut St. gehörige, dem Grafen von H. eigenthümlich zuständige, sogenannte alte Scheune sich befunden, gehackt und Rüben ausgesäet, eine Quantität alten Geldes. Die verehel. S. hat dieses Geld in ihre Behausung getragen und, als sie ihren von der Arbeit heimkehrenden Ehemann davon in Kenntniß gesetzt, gegen diesen nach ihrer Angabe den Betrag von

27 Preuß. Eindrittelstücken aus den Jahren 1758 und 1759

verschwiegen und für sich behalten.

Von diesem Funde hat nach Versicherung der S.'schen Eheleute der Häusler L. in H., der Vater der verehel. S., Kenntniß erhalten, und das Geld zur Aufbewahrung mit in seine Behausung genommen.

Als es nun dort S. abholen wollen, hat, wie er vorgiebt, schon ein bedeutender Theil gefehlt. S. hat hierauf versucht, das in seinen Besitz gelangte Geld durch den Trödler Sch. in Dresden umzusetzen. Dieses Verwechseln ist jedoch durch die zufällige Dazwischenkunft eines Dresdner Stadtgerichtsactuar vereitelt und dadurch der Vorfall zur weiteren Cognition der Behörde gelangt, nachdem schon einige Zeit zuvor die Behörde in K. Anlaß gehabt, wider die verehel. S. wegen der bei ihr vorgefundenen 27 Preuß. Eindrittelstücke vorzuschreiten.

Das erwiesener Maaßen in dem Besitz der S.'schen Eheleute gewesene und von der verehel. S. als gefunden bezeichnete Geld besteht einschließlich der oberwähnten Preuß. Eindrittelstücke in den Bl. — bezeichneten Münzen, welche nach der Versicherung des verpflichteten Sachverständigen, ausschließlich der von dem Knaben der S. gefundenen, hier nicht weiter in Betracht gelangenden zwei Geldstücken, einen Werth von

165 Thalern 18 Ngr. —

haben. Dazu kommen noch 5 Preuß. Eindrittelstücke, welche Sch. in Dresden besonders verausgabt hat.

Ist nun auch bei wenigen Münzen über die äußere Beschaffenheit und das Alter derselben ein Nachweis bei den Acten, so wird doch nach den Bl. — abgegebenen Erklärungen wahrscheinlich, daß unter den vorgefundenen Münzen die Preußischen Eintrittelstücke diejenigen sind, welche den neuesten Ursprung haben und aus den Jahren 1758 und 1759 herstammen.

Wenn ferner gleichergestalt nähere Erörterungen darüber: wie das Geld an jenen Ort, wo es gefunden worden, gekommen sein möge? fehlen, insbesondere nicht einmal der Grundeigenthümer beziehendlich dessen Vorbesitzer darüber befragt worden sind, so machen doch die Umstände es wahrscheinlich, daß das Geld schon vor langer Zeit, vielleicht noch während des siebenjährigen Krieges, an den fraglichen Ort deponirt worden ist. Da auch über den Eigenthümer des Geldes sonst etwas nicht bekannt geworden ist, obschon Zweifelsohne das Gerücht über das Auffinden einer schon so bedeutenden Summe sich bald in der Umgegend verbreitet hat, so ist zu der Annahme genügende Berechtigung vorhanden, daß das aufgefundene Geld ein Schatz sei. In Bezug auf Schätze finden aber noch gegenwärtig die Bestimmungen des Römischen Rechts Anwendung, wonach dann, wenn ein Schatz zufällig, wie dies hier der Fall gewesen, auf einem fremden Grundstück gefunden wird, die eine Hälfte dem Finder, die andere Hälfte aber dem Eigenthümer des Grundstücks gebührt.

§. 39. J. de rerum divisione. (II. 1.)
l. un. C. de thesauris. (X. 15.)
Carpzov, definit. forens., P. II. C. 53. def. 5.
Berger, Oecon. jur., lib. II. tit. 11. th. 13.
Kind, Quaest. forens., T. II. cap. 82. ed. II.

Es gehört daher die eine Hälfte des aufgefundenen Geldes der verehel. S., während die andere Hälfte dem Grundeigenthümer, dem Grafen von H., auszuantworten gewesen wäre.

Da dies unterlassen worden, so fragt es sich, welches Vergehen hierunter vorliegt.

Bei der in dem Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle vom Jahre 1849. pag. 120. mitgetheilten Entscheidung ist von der Ansicht ausgegangen, daß der Finder eines Schatzes, bei welchem voraussetzlich erst nach der Besitzergreifung der Wille entstanden ist, das Gefundene zurückzuhalten, wegen der dem Grundeigenthümer vorenthaltenen Hälfte mit der Strafe der Veruntrauung zu belegen sei.

Von dieser Rechtsmeinung glaubt aber das Appellationsgericht nicht ausgehen zu können.

Muß nämlich auch zugegeben werden, daß derjenige, welcher einen Schatz in Besitz nimmt, zugleich wegen der einen Hälfte den Besitz im Namen des Grundeigenthümers antritt, und zur Herausgabe der ersteren an den Letzteren verpflichtet wird, mithin, wenn er daran eine Aneignungshandlung vornimmt, den der Veruntrauung eigenthümlichen dolus documentirt, so machen sich doch ganz auch dieselben Principien bei der im Artikel 241. des Criminalgesetzbuchs bezeichneten Vorenthaltung des Gefundenen geltend, und gleichwohl ist diese mit ungleich niedrigeren Strafen, als die Veruntrauung bedroht.

Die analoge Anwendung dieſer milderen Strafbeſtimmung hat aber deshalb für ſtatthaft erſchienen, weil nicht nur die Ueberſchrift des Artikels 241. „Vorenthaltung des Gefundenen“ ſchon den Worten nach eine weitere Interpretation des Begriffs „gefundene fremde Sache“ geſtattet und der Schatz dem Finder gegenüber in Wirklichkeit einer res deperdita gleichſteht, und weil ferner die Gründe, welche den Geſetzgeber veranlaßt, die Vorenthaltung einer gefundenen Sache milder als die Veruntrauung, beziehendlich den Diebſtahl zu ahnden noch ungleich ſtärker bei der Vorenthaltung eines gefundenen Schatzes hervortreten.

Hierbei iſt insbeſondere hervorzuheben, daß, wenn auch urſprünglich der Eigenthümer durch Verbergen des Schatzes vorzugsweiſe eine beſondere Sorgfalt zu erkennen gegeben hat, doch dieſe Beziehung zu dem Schatz, welcher eben vorausſetzt, daß der Eigenthümer nicht zu ermitteln ſei, im Verlauf der Zeit ganz wegfällt und daher der Finder eines Schatzes, welcher in demſelben eine herrenloſe Sache zu erblicken hat, in einem ungleich günſtigeren Lichte erſcheint, als der Finder einer verlorenen Sache, welcher den Eigenthümer derſelben kennt und über deſſen Beſtrebungen, ſich ſein Eigenthum wieder zu verſchaffen, nicht im Zweifel ſein kann.

Durch das Auffinden eines Schatzes Seiten eines Dritten wird dem Grundeigenthümer bei Verabfolgung der Hälfte ein Gewinn zugeführt, der ihm wahrſcheinlicher Weiſe ſonſt ganz verborgen und entzogen geblieben ſein würde, während bei dem Zurückſtellen einer verloren gegangenen Sache der Eigenthümer nur vor einem Schaden bewahrt wird.

Im letzteren Falle war ſchon vor dem Wiederfinden Seiten des Dritten ein wirklicher Anſpruch des früheren Beſitzers auf die Sache vorhanden; bei dem Schatze, als einer herrenloſen Sache, wird erſt mit deſſen Auffinden ein vorher ganz unbekannt geweſener Anſpruch des Grundeigenthümers begründet.

Da inzwiſchen dem Finder eines Schatzes auf fremdem Grund und Boden obliegt, die Hälfte des Schatzes dem Grundeigenthümer zu verabfolgen, und er über des Letzteren Perſon ſich jederzeit Gewißheit verſchaffen kann, mithin ihm gegenüber die Letztere als eine unbekannte Perſon nicht angeſehen werden kann, ſo hat allerdings wegen der unterſchlagenen Hälfte nicht der zweite, ſondern der erſte Abſchnitt des Artikels 241. des Criminalgeſetzbuchs zur Anwendung gebracht werden müſſen.“ ꝛc.

Die Entſcheidungsgründe zu dem Urthel des Königl. Oberappellationsgerichts lauten wie nachſtehet:

„Mit den Verfaſſern des erſten Erkenntniſſes iſt man inſoweit aus den ſchon von ihnen angegebenen Gründen einverſtanden, als ſie angenommen haben, daß die von Johanne Eleonore verehel. S. auf einem von ihr erpachteten, dem Grafen von H. zu K. eigenthümlich zugehörigen Feldgrundſtücke aufgefundenen Geldmünzen für einen Schatz anzuſehen ſeien, und daß dem Grafen von H., als Grundeigenthümern des Fundortes, auf die Hälfte dieſes Schatzes ein Anſpruch zuſtehe.

Den im vorſtehenden Erkenntniſſe benannten drei Inculpaten iſt beigemeſſen worden, daß ſie theils ſolche Handlungen vorgenommen, theils derartige Handlungen begünſtigt haben, wodurch dem Grafen von H. die Möglichkeit hat entzogen werden ſollen, ſeinem Recht auf Gewährung der Hälfte des Schatzes Geltung zu verſchaffen. Die den drei Inculpaten beigemeſſenen Handlungen beſtehen hauptſächlich darin, daß ſie dem Grundeigenthümer gegenüber das Auffinden des Schatzes verſchwiegen haben und daß ſie denſelben in ihren Nutzen theils verwendet, theils zu verwenden geſucht haben.

Ganz abgeſehen von der Beweisfrage, iſt zunächſt die Frage zu erörtern und zu beantworten:

ob in einem derartigen Gebahren ein criminalrechtlich ſtrafbares Vergehen liege?

Die Vergehen, die hier in Frage kommen können, ſind A. Funddiebſtahl, B. Unterſchlagung, C. Betrug.

Ad A. und B.

Ein Funddiebſtahl oder eine Veruntrauung kann nach dem klaren Inhalte des 241ſten und 242ſten Artikels des Criminalgeſetzbuchs nur an einer fremden, dem Finder oder Inhaber nicht ſelbſt zugehörigen Sache verübt werden. Es fragt ſich daher: ob die eine Hälfte eines aufgefundenen Schatzes als eine fremde, dem Grundeigenthümer eigenthümlich zugehörige Sache anzuſehen ſei? Dieſe Frage läßt ſich ſelbſtverſtändlich nur nach den Grundſätzen des Civilrechtes beurtheilen, und zwar, da vaterländiſche Beſtimmungen hierüber nicht vorhanden ſind, ſondern die Const. 53. P. II. ausdrücklich auf die Beſtimmungen des Römiſchen Rechtes verweiſet, nach dieſem.

Ein Schatz iſt bis zu ſeiner Auffindung jedenfalls als eine herrenloſe Sache (res nullius) anzuſehen. Er befindet ſich ſelbſt nicht mittelbar in dem Beſitze des Eigenthümers desjenigen Grundſtückes, auf welchem er liegt.

Lex 31. §. 1. D. de aquir. rer. domin. (41. 1.) ſagt:

„Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit.“

Nach allgemeinen rechtlichen Bestimmungen geht eine herrenlose Sache mit der Besitzergreifung in das Eigenthum des Besitzergreifenden über. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen würde daher ein Schatz mit dessen Auffindung und Besitzergreifung auch in das Eigenthum des Finders übergehen.

Von diesen allgemeinen, bei herrenlosen Sachen geltenden Grundsätzen machen nun allerdings mehrere specielle gesetzliche Bestimmungen eine Ausnahme. Diese Ausnahmebestimmungen sind aber streng auszulegen und lassen eine ausdehnende Auslegung der Natur der Sache nach nicht zu. Die hauptsächlichste hier einschlagende Stelle ist

§. 39. Inst. de rer. div.

Hiernach bewilligte (concessit) D. Hadrianus naturalem aequitatem secutus die eine Hälfte des Schatzes dem Eigenthümer, die andere dem Finder. Im letzten Satze dieser Gesetzesstelle sind ferner die Worte gebraucht: dimidium ipsius (inventoris) esse, dimidium fisci vel civitatis. Theophilus in der Paraphrase der Institutionen gebraucht in Beziehung auf die Verpflichtung des Finders die Worte: παρεχώρησε τὸν θησαυρόν. Ferner in der weiteren Ausführung sagt er: der Finder habe dem Kaiser (wenn er auf kaiserlichem Boden gefunden worden) die Hälfte zu geben, abzugeben, (παρέξει) praestabit.

conf. Theophilus ed. Reitz, T. I. p. 248.

m. vgl. auch Wüstmann, Uebers. des Theophilus, I. pag. 259.

In Lex unica C. de thesaur. (X. 15.) ist hiernächst gesagt:

„id quod repertum fuerit, dimidia retenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur. Ita enim eveniet, ut unusquisque suis fruatur, et non inhiet alienis."

Aus den hier hervorgehobenen Worten erhellt, daß der Gesetzgeber nur aus natürlichem Billigkeitsgefühle dahin sich entschieden hat, daß der Finder dem Eigenthümer die Hälfte des Schatzes gewähren solle. In den vorstehend angezogenen Stellen, sowie überhaupt in allen Stellen des Römischen Rechts, die sich auf das Auffinden von Schätzen beziehen, ist nirgends direct davon die Rede, daß mit dem Auffinden und Besitzergreifen eines Schatzes von Seiten des Finders zugleich das Eigenthum der einen Hälfte für den Eigenthümer des Fundortes erworben werde. Dies würde auch den allgemeinen Grundsätzen über Erwerbung des Eigenthums durch einen Dritten widersprechen. Der Finder ist nämlich weder Beauftragter des Eigenthümers des Grundstücks, für ihn die eine Hälfte des Schatzes in Besitz zu nehmen, noch kann behauptet werden, daß er die negotia des Eigenthümers des Fundortes gerire. Zu einer negotiorum gestio ist nämlich jedenfalls der Wille erforderlich, für einen Dritten handeln zu wollen, der nicht präsumirt werden kann, sondern nachgewiesen werden muß.

Ist nun ein Schatz an sich als eine res nullius, als eine herrenlose Sache, anzusehen, erwirbt der Eigenthümer des Fundortes durch das Besitzergreifen des Schatzes von Seiten des Finders an der einen Hälfte desselben das Eigenthum nicht, so liegt es auf der Hand, daß dem Eigenthümer des Fundortes nicht ein dingliches Recht an der einen Hälfte des Schatzes zustehe, sondern daß derselbe nur ein persönliches, ihm wegen natürlicher Billigkeit gewährtes Recht hat, von dem Finder die Gewährung der Hälfte des auf seinem Grundstücke aufgefundenen Schatzes zu verlangen. Hieraus würde z. B. folgen, daß, wenn der Finder einen Theil des aufgefundenen Schatzes, oder auch den ganzen Schatz, der vielleicht in alten, nicht mehr gangbaren Münzen bestanden, wieder veräußert hat, der Eigenthümer des Fundortes nicht berechtigt sein würde, von dem Käufer des Schatzes mittelst der Vindication die gekaufte Sache zurückzufordern. Es würde in diesem Falle dem Eigenthümer des Fundortes nur eine persönliche Klage gegen den Finder auf Gewährung der Hälfte des Werthes des Schatzes zustehen. Von einem dinglichen Rechte an der Hälfte des Schatzes könnte nur dann die Rede sein, wenn rücksichtlich aufgefundener Schätze die Grundsätze der accessio unbedingte Anwendung litten. Allein dies ist unbedingt keineswegs der Fall, sondern es liegt in Bezug auf Schätze ein gemischtes Verhältniß der Occupation, Accession und Invention vor. Die Invention und Occupation geht voraus, und die Accession, wenn man sie vergleichsweise so nennen will, besteht darin, daß der Gesetzgeber es für unbillig geachtet hat, wenn der Finder den ganzen gefundenen Schatz in Folge der occupatio erhält, und deswegen aus Billigkeitsgründen bestimmt hat, daß er dem Eigenthümer des Fundortes die Hälfte des Schatzes gewähren (praestare, dare, ipsius esse) soll.

Kann nun der Finder eines Schatzes denselben jedenfalls mit Recht in Besitz nehmen, steht das Eigenthum an der einen Hälfte des Schatzes nicht sofort dem Eigenthümer des Fundortes zu, sondern hat Letzterer gegen den Finder nur eine persönliche Klage auf Gewährung der Hälfte des Schatzes, so kann auch mit Grund nicht behauptet werden, daß, wenn der Finder eines Schatzes denselben in seinen Nutzen verwendet, er entweder eine fremde gefundene Sache dem Eigenthümer vorenthalte, oder daß er eine fremde, einer andern Person eigenthümlich

zugehörige Sache veruntraue. Es liegen mithin auch die nach Artikel 241. und 242. des Criminalgesetzbuchs nöthigen Erfordernisse des Funddiebstahls oder der Veruntrauung, das Vorenthalten einer fremden Sache oder die rechtswidrige Aneignung einer fremden Sache hier nicht vor. Hiernach fällt auch, von dem criminalistischen Gesichtspunkte aus betrachtet, keinem der drei im Erkenntnisse benannten Inculpaten eines der unter A. und B. benannten Vergehen zur Last.

Ad C.

Derjenige, der unter Verhältnissen, wo er die Wahrheit zu sagen rechtlich verbunden war, wahre Thatsachen verschweigt oder unterdrückt, und dadurch Jemanden in Schaden gebracht, oder sich oder Andern einen unerlaubten Vortheil verschafft hat, soll nach Artikel 245. des Criminalgesetzbuchs wegen Betrugs bestraft werden.

Wäre nun der Finder eines Schatzes rechtlich verpflichtet, den Eigenthümer des Fundortes von dem Auffinden des Schatzes in Kenntniß zu setzen, so würde der Finder durch Verschweigen dieser Thatsachen in der Absicht, den ganzen Schatz für sich zu behalten, mithin durch Verschweigung einer wahren Thatsache in der Absicht, sich einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, sich eines nach Artikel 245. des Criminalgesetzbuchs zu beurtheilenden Betrugs schuldig machen. Es fragt sich daher zunächst: ob dem Finder eines Schatzes die gesetzliche Verpflichtung obliege, dem Eigenthümer des Fundortes Anzeige zu machen? Daß eine moralische Verpflichtung hierzu vorhanden sei, kann nicht bezweifelt werden. Anders verhält es sich aber mit der gesetzlichen Verpflichtung.

Im Allgemeinen besteht keine gesetzliche Bestimmung, daß der Verpflichtete verbunden sei, den Berechtigten davon in Kenntniß zu setzen, daß Letzterer an ihn einen persönlichen Anspruch habe, damit der Berechtigte gegen den Verpflichteten diesen Anspruch geltend machen könne. Wo dies der Fall, da müssen specielle Gesetze oder specielle Vorschriften dieses bestimmen. Eine specielle gesetzliche Bestimmung, die dem Finder eines Schatzes vorschriebe, dem Eigenthümer des Fundortes das Auffinden des Schatzes anzuzeigen, ist nicht vorhanden. Nur in dem Falle, wenn der Schatz auf fiscalischem Boden aufgefunden worden ist, soll der Finder seinen Antheil verlieren, wenn er das Auffinden desselben verheimlicht.

Lex 3. §. ult. D. de jure fisci. (49. 14.)

Aus dieser zu Gunsten des Fiscus getroffenen Ausnahmestrafbestimmung kann man nicht ohne Grund (e contrario) folgern, daß in andern Fällen, wenn auf Privatgrundstücken ein Schatz gefunden worden ist, aus der Verheimlichung der Auffindung dem Finder kein Schaden erwachse. Es folgt dies auch aus dem vorstehend angegebenen allgemeinen Grundsatze, daß ein Verpflichteter nicht gesetzlich verpflichtet ist, den Berechtigten von einem ihm zustehenden persönlichen Anspruche in Kenntniß zu setzen. Das Auffinden eines Schatzes an sich begründet nicht einmal die juristische Verpflichtung des Finders, den Schatz an sich zu nehmen. Er kann ihn am Auffindungsorte liegen lassen und ist nicht verbunden, dem Eigenthümer Mittheilung vom Auffinden zu machen. Es würde der Finder sich durchaus keines Vergehens schuldig machen, wenn er die eine Hälfte des Schatzes, die ihm jedenfalls zukommt, an sich nähme, die andere aber am Fundorte liegen ließe, ohne davon den Eigenthümer des Fundortes in Kenntniß zu setzen.

Liegt nun nach dem Obangeführten dem Finder eines Schatzes keine gesetzliche Verpflichtung ob, den Eigenthümer des Fundortes von dem geschehenen Funde in Kenntniß zu setzen, sondern nur eine moralische, so kann auch vom criminalrechtlichen Gesichtspunkte aus nicht behauptet werden, daß der Finder sich eines strafbaren, nach Artikel 245. zu beurtheilenden Betrugs schuldig mache, wenn er dem Grundeigenthümer gegenüber das Auffinden des Schatzes verschweigt und diese Thatsache zu unterdrücken und zu verheimlichen sucht.

Die den drei Inculpaten beigemessenen Thatsachen würden aus vorstehenden Gründen weder nach Artikel 241., noch nach Artikel 242., noch nach Artikel 245. des Criminalgesetzbuchs, selbst deren Wahrheit vorausgesetzt, mit einer Criminalstrafe zu ahnden sein. Man hat daher, ohne daß es bei dieser Sachlage nöthig gewesen wäre, auf den materiellen Acteninhalt näher einzugehen, sich bewogen finden müssen, alle drei Inculpaten gestalten Sachen nach freizusprechen. Zu diesem Resultate würde man selbst dann haben gelangen müssen, wenn man die oben unter A. B. und C. hervorgehobenen civilrechtlichen Fragen nicht, wie geschehen, beantwortet, sondern solche nur als zweifelhafte Rechtsfragen angesehen hätte. Denn wenn eine Civilrechtsfrage zweifelhaft ist, und von deren Beantwortung es lediglich abhängt, ob Jemanden ein Vergehen beigemessen werden könne, so muß vom criminalrechtlichen Standpunkte aus es stets bedenklich erscheinen, irgend etwas Nachtheiliges gegen den Inculpaten zu erkennen."

## 75.

Eine Executionsklage kann aus Rechtsgründen auch dann, wenn gegen die in Folge derselben erlassene richterliche Auflage Einwendungen binnen der gesetzten Frist nicht vorgebracht worden sind, später noch abgewiesen werden.

Mitgetheilt von
Herrn Dr. J. in L.

Ueber diese Frage sprach sich das Appellationsgericht zu Leipzig in einer Entscheidung vom Jahre 1854 folgender Maaßen aus:

„Das Appellationsgericht zu Leipzig hat in den zahlreichen Fällen, in welchen es die Vorschriften des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838. §. 91. beim Rechtsprechen anzuwenden gehabt hat, zeither consequent die Ansicht befolgt, daß der in der angezogenen Bestimmung der innerhalb der gesetzlichen Frist nicht vorgebrachten Einwendungen und Ausflüchte nicht auf solche zu oberrichterlicher Cognition gediehene Ausstellungen und Mängel zu beziehen sei, welche die nach allgemeinen Grundsätzen oder der besonderen Beschaffenheit der fraglichen Proceßgattung erforderliche Begründung des erhobenen Anspruchs betreffen und als eigentliche exceptiones juris im Ordinarprocesse die gänzliche oder theilweise Abweisung der Klage, mindestens in der angebrachten Maaße, zu Folge haben müßten.

Die Gründe dafür sind in dem von dem Beklagten angezogenen, durch das Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, XII. Jahrg. 30. St. No. 53. S. 233 flg. zur öffentlichen Kenntniß gebrachten Rechtsfalle ausführlich entwickelt; es hat sich auch das Appellationsgericht zu einer in dem Interesse der Gleichheit der Rechtspflege ohnehin bedenklichen Abänderung dieser bisher stets ausgesprochenen Rechtsmeinung durch die von dem Kläger Bl. — ausgeführten und in dem Bescheide Bl. — adoptirten Gründe der entgegengesetzten Ansicht nicht bewogen finden können. Es genügt, unter Verweisung auf die angezogenen früheren Ausführungen, hierüber Folgendes zu bemerken:

So wenig bestritten werden mag, daß, wenn man den Wortlaut des Gesetzes in §. 91. allein in das Auge faßt, eine Unterscheidung in den verabsäumten Einwendungen, je nachdem sie rechtlicher oder factischer Natur sind, nicht geboten erscheint, so wenig läßt sich doch behaupten, daß sie durch die Worte geradezu ausgeschlossen werde, während anderer Seits die gegentheilige Ansicht zu unverkennbar bedenklichen Consequenzen führt. Man darf hierbei nur an solche Fälle denken, wo der Richter entweder auf Urkunden hin, welche sich ihrer Form nach für den Executionsproceß gar nicht eignen, eine Auflage erlassen oder diese Auflage auf Leistungen gerichtet hat, von welchen in der Urkunde keine Spur zu finden ist.

Sieht man nun, wie Kläger will, die erlassene Auflage für eine Resolution an, welche mit dem Eintritte des Präjudizes durch Ablauf der gesetzlichen Frist die Natur eines rechtskräftigen Erkenntnisses erlangt, so ist man damit zur Annahme einer Rechtsfiction genöthigt, welche, abgesehen von dem entgegenstehenden Grundsatze, daß bloße Resolutionen eines Unterrichters der Regel nach nicht in Rechtskraft übergehen, keinesfalls einen klaren und unzweideutigen Ausspruch des Gesetzes für sich, wohl aber die Erwägung gegen sich hat, daß damit der Beklagte offenbar schlechter gestellt wird, als es bei einer in dem Ordinarprocesse vorkommenden Contumaz der Fall ist, und einen in der Regel unersetzlichen Rechtsverlust erleidet. Daß die Anstellung der Widerklage in den wenigsten denkbaren Fällen ihm einen günstigen Erfolg sichere, bedarf keiner ausführlichen Darlegung, da durch die Rechtskraft des Erkenntnisses in der vorausgegangenen Convention das Zurückkommen auf materielle Rechtsfragen der Auslegung oder Anwendung des streitigen Rechtsgeschäfts, sowie es in der dem Executionsantrage zu Grunde gelegten Urkunde dargestellt ist, ausgeschlossen wird, insoweit vielmehr die Grundsätze der Entscheidung in der Convention unter den Parteien auch für die Reconvention feststehen. Soll aber der Beklagte mittelst Anstellung der Richtigkeitsklage Abhülfe gegen die ihm widerfahrene Rechtsverkürzung finden, so ist dagegen in Betracht zu ziehen, daß dadurch einer Seits der Nullitätsklage eine Ausdehnung über die ihr von dem Gerichtsbrauche

Bekanntmachung des Königl. Oberappellationsgerichts vom 4. März 1848. no. 1. und 3.

gezogenen Grenzen eingeräumt werden würde, indem man sie entweder gegen die Resolution eines Unterrichters, oder doch gegen ein Erkenntniß erster Instanz, gegen welches die im ordentlichen Instanzenzuge zulässigen Remedien nicht verbraucht worden sind, zuließe, anderer Seits die solchergestalt zu erlangende Rechtshülfe bei der ohnehin sehr beschränkten Wirksamkeit der Nullitätsklage (vergl. die vorangezogene Bekanntmachung no. 2.; v. Langenn und Kori, Erörterungen, III. Th. no. IX. S. 81 flg.) gerade in den häufigsten Fällen einer unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nicht Statt haben würde.

Nach Ansicht der gegenwärtigen Instanz erscheinen aber diese Erwägungen, obschon sie zunächst

mehr legislativ-politischer Natur sind, um so geeigneter, ein gewichtiges Moment gegen die vom Kläger vertheidigte Auslegung des Executionsgesetzes abzugeben, als die in diesem Gesetze ausgesprochene Tendenz des sogenannten Executionsprocesses keineswegs zu der Annahme einer so ungünstigen Stellung des Beklagten nothwendig führt.

Das Gesetz hat in §. 86. flg. nicht eine neue Proceßart zu begründen, sondern nur das Fortbestehen des in Sächsischen Landen bisher üblichen Executionsprocesses zu sanctioniren beabsichtiget.

Die Bestimmungen des älteren Sächsischen Rechtes, auf welchen dieses Proceßverfahren beruht, (const. 32. vom Jahre 1572. pag. I. Erledig. der Landesgebr. v. 1661. tit. Justizsachen, §. 2. 13. Dec. 15. v. J. 1661. jct. Erl. Proc.-Ordn. ad tit. I. §. 6.) lassen dasselbe zu, wofern Kläger auf vorgehende Processe oder Urthel, oder gestandene richtige Schuld oder in Kraft eines Abschiedes, recessus, Urthels oder Obligation die Hülfe wider Beklagten erlangt, oder wenn die angezogenen facta nicht fernerer Ausführung bedürfen, sondern die Sachen also bewandt wären, daß sie entweder ex confessione partis, unstreitigen documentis, ertheilten Abschieden und judicatis oder aus ergangenen actis alsbald zu erweisen. Vorausgesetzt werden hiernach solche Urkunden, welche den Anspruch Klägers vollständig erweisen, daher zu einem unzweifelhaften und unbestreitbaren machen, und von derselben Voraussetzung geht das Executionsgesetz aus, wenn es §. 86. den Executionsproceß aus öffentlichen Urkunden gestattet, „sofern der Grund des Anspruches daraus vollständig erhellet." Soll der Richter aus „dergleichen Urkunden" die Hülfsauflage erlassen und sonst den Bestimmungen §. 87. flg. gemäß verfahren, so folgt daraus von selbst die Unstatthaftigkeit eines Verfahrens, welches auf andere, dieser Anforderung nicht genügende urkundliche Unterlagen hin, oder in einer der speciellen gesetzlichen Vorschrift nicht entsprechenden Weise eingeleitet worden ist. Nimmt man nun auch an, daß der Unterrichter an das von ihm selbst auf Grund gesetzlicher Ermächtigung angedrohte Präjudiz, sofern es von dem Beklagten verwirkt worden, sich zu halten berechtigt oder verpflichtet sei, daß er mithin die Rüge von Mängeln der vorbezeichneten Art, dafern sie nicht rechtzeitig angebracht worden ist, nicht zu beachten, sondern das Verfahren so lange fortzusetzen hat, bis seine richterliche Thätigkeit durch ein devolutives Rechtsmittel gehemmt wird, so schließt dies doch die Beachtung derselben in der Appellationsinstanz mindestens aus dem Gesichtspunkte der Beschwerde nicht aus. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man die Lage der beklagten Partei im Executionsprocesse sogar ungünstiger, als in dem eigentlichen Executionsverfahren aus rechtskräftiger Entscheidung, beziehentlich proceßgerichtlichem Vergleiche machen. Denn in letzterem ist die unterlassene rechtzeitige Vorschützung von Einwendungen Behufs gänzlicher oder theilweiser Abwendung der Hülfsvollstreckung in dem Gesetz §. 20. und 22. mit dem Verluste der Einwendungen nicht bedroht, diese Einwendungen haben vielmehr auf eingewendete Appellation, sofern dieselben nicht schon vorher im Wege der Beschwerdeführung Geltung erlangt, mindestens zu dem im §. 27. bestimmten Zeitpunkte Cognition und nach Befinden Beachtung Seiten des Oberrichters zu gewarten. Es wäre auch in der That kein Grund abzusehen, aus welchem das Gesetz die dem Executionsprocesse eigene schleunige Rechtshülfe, wie Kläger Bl. — meint, auch da eintreten lassen sollte, wo der klagenden Partei die Grundbedingung dieser gesetzlichen Begünstigung abgeht, nämlich die Berufung auf eine solche öffentliche Urkunde, aus welcher der Grund ihres Widerspruchs vollkommen erhellt. Im Gegentheile können für die Zulässigkeit oberrichterlicher Cognition in Ansehung solcher Einwendungen, welche erst nach Ablauf der in §. 91. geordneten Frist vorkommen, die Schlußworte des §. 96. insofern angezogen werden, als darnach „die in Obigem ertheilten Vorschriften wegen Execution rechtskräftiger Entscheidungen" (zu welchen die in dem 6. Abschnitte des Gesetzes §. 26—33. zu lesenden Dispositionen unstreitig mitzurechnen sind) Anwendung leiden. Daß der Appellationsrichter dann in der Cognition des Streitfalles auf sogenannte exceptiones juris beschränkt, folgt aus dem unbestrittenen Grundsatze, daß die rechtliche Beurtheilung einer Streitsache und die Anwendung der Rechtsvorschriften auf selbige dem Richter auch ohne Zuthun der Parteien obliegt, während die Anführung und Nachweisung des Factischen Sache der Parteien ist, und zu einer Abweichung von dieser in dem Ordinarprocesse bei dem Versäumnisse der rechtlichen Vertheidigung innerhalb der gesetzlichen Einlassungs- und Exceptionsfrist geltenden Regel auch in der Besonderheit des Executionsprocesses kein Grund liegt, die schleunige Rechtshülfe des Letzteren vielmehr genügend gewahrt erscheint, wenn dem Beklagten die Hülfe des Oberrichters nur unter den für das eigentliche Executionsverfahren geltenden Beschränkungen nur insoweit gesichert wird, als die Unstatthaftigkeit des Anspruchs oder die Richtigkeit des Verfahrens actenkundig vorliegt."

## 76.

Die Forderung der Erstattung von Alimenten, welche ein Dritter für den zur Alimentation Verpflichteten verlegt hat, unterliegt nicht der durch das Gesetz vom 3. Juli 1846. §. 1. unter Nr. 8. eingeführten kurzen Verjährung.

Mitgetheilt von

Herrn A. —r in D.

In dem im gegenwärtigen Jahrgange des Wochenblatts Nr. 8. S. 57 ff. mitgetheilten Rechtsfalle hat das K. Oberappellationsgericht unter dem 4. April 1854 die S. 59 f. dargestellte Ansicht der zweiten Instanz über die obige Frage nicht gebilligt, vielmehr sich in folgender Weise ausgesprochen:

„Beklagten nicht in Erstattung desjenigen Alimentationsaufwandes zu verurtheilen, welcher in der Zeit unmittelbar nach Beendigung des zwischen den Parteien anhängig gewesenen Scheidungsprocesses stattgefunden, hat die zweite Instanz sich bewogen gefunden in Hinsicht auf §. 1. Nr. 8. des Gesetzes vom 25. Juli 1846. Allein es leuchtet ein, daß die Forderung rückständiger Alimente verjähren kann nur im Verhältniß des zu Alimentirenden (resp. dessen, welcher seine juristische Persönlichkeit vertritt) und dem Alimentationspflichtigen, nicht aber zwischen Letzterem und Demjenigen, welcher entweder im Auftrag oder als negotiorum gestor des Alimentationspflichtigen die betreffenden Kosten verlegt. Jenes Gesetz in nurbemerkter, die Worte desselben überschreitender Weise anzuwenden, fehlt es an allem ausreichenden Grunde. Als ein solcher kann die fol. — in zweiter Instanz ausgesprochene Bemerkung, auch die Forderung verlegter Alimente gehöre zu denjenigen Forderungen, in Folge welcher Zahlung entweder sogleich oder in kurzer Zeit geleistet und wobei Quittung entweder gar nicht oder in leicht verlierbarer Form gegeben zu werden pflege, schon um deswillen nicht gelten, weil sie die Allgemeinheit eines Verfahrens voraussetzt, das jeder Mandatar oder negotiorum gestor vermeiden wird, der das eigene Interesse nicht in seltener Weise vernachlässiget."

---

Bei dem, sich jetzt häufig erneuernden Bedarfe von Papier zu Grund- und Hypothekenbüchern, erlaube ich mir, auf die nachstehende Bekanntmachung mit dem Bemerken hinzuweisen, daß das erwähnte Papier fortwährend bei mir vorräthig ist.

Leipzig, im Juli 1854.

**Bernhard Tauchnitz.**

## Bekanntmachung

an die Grund- und Hypothekenbehörden des Landes.

Da die Grund- und Hypothekenbehörden mitunter zu der ersten Anlegung des Grund- und Hypothekenbuchs eine größere Quantität Papier, als dazu unbedingt nothwendig ist und ihnen von der Königlichen Commission für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher unentgeldlich zugetheilt wird, zu verwenden wünschen, so findet die Commission, in Berücksichtigung, daß solches nicht anders geschehen kann, als wenn das für den fraglichen Zweck von der Behörde noch überdies aus eignen Mitteln anzuschaffende Papier ganz von der nämlichen Sorte ist, wie das ihr von der Commission unentgeldlich zugetheilte, sich veranlaßt, hiermit zur allgemeinen Kenntniß zu bringen, daß bei Herrn Buchhändler **Bernhard Tauchnitz** zu **Leipzig** dergleichen Papier zu haben ist, und daß derselbe, seiner Versicherung nach, auch für die Folgezeit, wenn Fortsetzungen der Grund- und Hypothekenbücher in neuen Bänden nöthig werden, solches, durch Sachverständige geprüftes und für den fraglichen Zweck vorzüglich qualificirt befundenes Papier vorräthig halten wird.

Dresden, am 10. November 1845.

Die Königliche Commission für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher.

Dr. **Schröder.**

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 38.** **Neue Folge Zweiter Jahrgang.** **1854.**


## 77.

**Nachtrag zu Seite 211 flg. Jahrg. 1853. dieses Wochenblattes, die gegen Mitglieder des Pensionsvereins Sächsischer und Altenburg'scher Advocaten gesprochenen Entscheidungen betr.**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. K. in L.

In Nr. 27. S. 209 flg. dieses Wochenblattes vom Jahre 1853 beschwerte sich der Actor des Pensionsvereins Sächsischer und Altenburg'scher Advocaten, daß die gegen säumige Mitglieder wegen Erfüllung ihrer Verpflichtung als Mitglieder eingereichten Klagen insofern in der Regel ein mißliches Resultat nach sich gezogen hätten, als mehrere der rechtsprechenden Behörden die angestellten Klagen theils in der angebrachten Maaße abgewiesen, theils Entscheidungen gegeben hätten, die dem Vereine selbst wegen der aus den gesprochenen Entscheidungsgründen etwa zu ziehenden Consequenzen nicht angenehm sein könnten.

In einer dort S. 211 flg. erwähnten Proceßsache des Vereins gegen Dr. H. hatte das Königliche Spruchcollegium und das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig zwei gleichlautende Erkenntnisse gegeben. Auf eingewandte Appellation hat jedoch das Königliche Oberappellationsgericht am 11. October 1853 reformirt und dürfte dieses Erkenntniß nicht nur die Mitglieder des Vereins, sondern auch das übrige rechtskundige Publikum interessiren. Das Erkenntniß nebst Entscheidungsgründen lautet, wie folgt:

„Daß es bei nurangezogenem Urthel (zweiter Instanz) und der darin bestätigten Entscheidung der ersten Instanz, insoweit die Klage rücksichtlich des geforderten Geburtsscheines für den Beklagten und dessen Ehefrau, ingleichen rücksichtlich der petirten Conventionalstrafe in der angebrachten Maaße abgewiesen worden ist, auf die eingewendete Appellation nicht zu lassen, sondern es ist der Beklagte ein ihn selbst und seine Ehefrau betreffendes glaubhaftes Geburtszeugniß beizubringen, ingleichen wegen der unterlassenen tempestiven Zahlung der jährlichen Beiträge für die Jahre 1848, 1849 und 1850 eine Conventionalstrafe von 12 Thalern zu bezahlen verbunden.

Dagegen wird gedachtes Urthel im Uebrigen, der eingewendeten Appellation ungeachtet, jedoch unter Compensation der Kosten der gegenwärtigen Instanz, hierdurch bestätigt.

Entscheidungsgründe:

Bevor auf die Appellation der Kläger in materialibus eingegangen werden kann, ist die Frage zu beantworten, ob überhaupt summa appellabilis vorliege. Die Kläger haben Bl. — flg. geklagt,

1) auf Beibringung eines den Beklagten und dessen Ehefrau betreffenden Geburtszeugnisses,
2) auf 10 Thaler Eintrittsgeld, nach zwei Einheiten,
3) auf mindestens 6 Thaler Einkaufsgeld,
4) auf 32 Thaler Jahresbeiträge für die Jahre 1848, 1849, 1850 und 1851,
5) auf 16 Thaler Ordnungsstrafen.

Die vorstehend unter 2. bis 5. angegebenen baaren Summen betragen zusammen 64 Thaler. Hierauf sind diejenigen 22 Thaler 4 Ngr. —₰ in Abzug zu bringen, welche der Beklagte zufolge der Klage Bl. — am 2. April 1849 abschläglich bezahlt hat, und es bleibt daher lediglich eine baare Summe

von 41 Thalern 26 Ngr. —₰, mithin ein die Summe der causa minuta nicht übersteigender Betrag in lite. Nun haben zwar die Kläger noch außerdem die Beibringung eines Geburtszeugnisses für den Beklagten und dessen Ehefrau gefordert. Indessen wird das Klagobject auch hierdurch nicht erheblich erhöht, das geforderte Geburtszeugniß hat auf die Beziehungen des Beklagten zu dem Vereine nur insofern Einfluß, als nach den Statuten §. 2. der Zutritt zu dem Vereine gar nicht gestattet gewesen wäre, wenn das Mitglied bei Constituirung des Vereins bereits das 60ste Lebensjahr überschritten gehabt hätte, nach §. 8. die fortlaufenden Beiträge in drei Thalern jährlich für jede vor, und in vier Thalern jährlich für jede nach dem vollendeten 35sten Lebensjahre gezeichnete Einheit bestehen, endlich nach §§. 10. und 11. die Einkaufsgelder für die Ehefrau des Mitgliedes bei den in §. 11. näher angegebenen Differenzen zwischen dem Lebensalter des Mitgliedes und dem der Ehefrau desselben bis zu 10 Thalern für die einzelne Einheit ansteigen können. Auf die Bestimmung der Statuten §. 2. haben die Kläger sich zu ihrem Vortheile weder bezogen, noch mit Grunde beziehen können, weil, wenn Beklagter bei Constituirung des Vereins bereits das 60ste Altersjahr erreicht gehabt hätte, die Klage selbst, insofern sie auf der Eigenschaft des Beklagten, als Vereinsmitgliedes, beruht, sich gänzlich erledigen würde. Angehend den §. 8. der Statuten, so hat der Beklagte zur Zeit seines Beitrittes zu dem Vereine nach Bl. — das 35ste Jahr überschritten gehabt, und es ist in dessen Gemäßheit in der Klage bereits ein jährlicher Beitrag von vier Thalern gefordert worden. Anlangend endlich §§. 10. und 11. der Statuten, so besteht zwischen dem klaren höchsten und dem in der Klage petirten Einkaufsgelde eine Differenz von nicht mehr als sieben Thalern für die Einheit. Es ließe sich daher höchstens behaupten, daß durch das auf Nachbringung eines Geburtszeugnisses für den Beklagten und dessen Ehefrau gerichtete Klaggesuch das Klagobject sich um einen Betrag von 14 Thalern erhöhen könnte, und es würde dadurch der Streitgegenstand zwar höchstens zu einer causa major, keineswegs aber zu dem bei einer Appellation gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse erforderlichen Betrage von 200 Thalern ansteigen.

Dessen ungeachtet ist die Appellation für zulässig zu achten, weil die Kläger ihr Klaggesuch noch außerdem Bl. — darauf erstreckt haben, daß der Beklagte die ihm als Mitgliede des Pensionsvereins in Gemäßheit der Statuten desselben und sonstigen statutenmäßig zu Stande gekommenen Beschlüsse obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen habe. Denn daß hierdurch, ungeachtet der Geringfügigkeit der in praeteritum geforderten einzelnen Beträge, die vorliegende Rechtssache zu einer solchen werde, deren Gegenstand entweder keine Schätzung zuläßt, oder den Werth von 200 Thalern oder von 8 Thalern jährlich übersteigt, hat das Königliche Oberappellationsgericht bereits früher aus den im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle, Bd. 13. pag. 216. angegebenen Gründen angenommen, und wenn schon hiergegen für den vorliegenden Fall der Zweifel sich erheben ließe, daß das auf die Zukunft bezügliche allgemeine Klagpetitum in Folge der Bl. — vorgeschützten Exception um deswillen hinwegfalle, weil wenigstens in dem Vorschützen dieser Exception die Erklärung des Austrittes aus dem Vereine liege, so erledigt sich doch dieser Zweifel durch die Erwägung, daß eines Theils der Beklagte seine Absicht, durch diese Exception seinen Austritt aus dem Vereine zu erklären, nirgends zu erkennen gegeben hat, anderer Seits eine solche Erklärung ohne Effect sein würde, weil der Actor der Kläger zu der Entgegennahme einer derartigen, dem vorliegenden Processe ganz fremdartigen Erklärung nicht legitimirt wäre.

Ad reformatoriam.

So viel

1.

denjenigen Theil der Klage betrifft, in welchem von dem Beklagten Beibringung eines Geburtszeugnisses für sich und seine Ehefrau gefordert wird, so hat das Königliche Oberappellationsgericht sich bereits früher in einer zu seiner Entscheidung gelangten, der vorliegenden ähnlichen Rechtssache für die Zulässigkeit dieses Anspruchs erklärt und als Gründe dafür angegeben, daß die Beitrittserklärung ein Unterwerfen unter den in dem Circulare unter A. Bl. — sig gemachten Vorbehalt wegen Nachbringung des Geburtszeugnisses für den Beitretenden und dessen Ehefrau enthalte, namentlich aber ein Interesse des Vereins in dieser Beziehung insofern unverkennbar sei, als die Höhe der Beiträge und der Einkaufsgelder nach dem Alter des Beitretenden und dessen Ehefrau sich richte. Bei dieser Meinung ist man auch gegenwärtig stehen geblieben, und zwar im Wesentlichen aus denselben Gründen, welchen man nur folgende Bemerkungen beizufügen für angemessen gefunden hat:

a.

Zwar ist es im Allgemeinen richtig, daß, wenn ein Contrahent bei einem Geschäfte sich einen Vorbehalt wegen ihm angeblich zustehender Befugnisse macht, im Zweifel die Intention dabei blos dahin geht, daß durch den Abschluß des Geschäfts auf diese Rechte nicht verzichtet werden, keineswegs aber, daß

der andere Theil zu dem Anerkenntniſſe dieſer Rechte verbindlich ſein ſolle. Anders verhält es ſich aber, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Vorbehalt Bedingungen betrifft, welche von dem andern Contrahenten in Folge des Vertrages zu erfüllen ſein ſollen. Denn dann involvirt der Vorbehalt von der einen, und das Zugeſtändniß deſſelben von der andern Seite ein Uebereinkommen über die künftige Erfüllung der Bedingungen. Hieraus ergiebt ſich, daß der Beklagte durch ſeine Subſcription ſich verpflichtet hat, ein ſowohl ihn ſelbſt, als auch ſeine Ehefrau betreffendes Geburtszeugniß beizubringen, wenn ſolches in Folge des im Circular Bl. — flg. unter Nr. 8. gemachten Vorbehaltes von ihm verlangt werden ſollte. Dies ſtimmt auch unzweifelhaft mit der Faſſung des Vorbehaltes ſelbſt überein, indem die Worte:

> die Nachbringung eines Tag und Jahr der Geburt des Beitretenden und ſeiner Gattin beſcheinigenden Zeugniſſes bleibt für jetzt vorbehalten,

zumal wenn man deren Zuſammenhang mit den vorher aufgeführten Beſtimmungen berückſichtigt, füglich nicht anders ſich erklären laſſen, als daß der Beitretende zu Nachbringung des fraglichen Zeugniſſes verbunden ſein ſolle, wenn ſolches ſpäter erfordert werde.

b.

Sowohl nach dem römiſchen, als dem heutigen Rechte iſt es ein unzweifelhafter Grundſatz, daß eine Handlung Gegenſtand der Obligation ſein kann, und jede Handlung hierzu geeignet iſt, welche, wenn ſie auch nicht an ſich und unmittelbar einen Vermögensvortheil des Forderungsberechtigten bezweckt, doch wenigſtens von ſolcher Beſchaffenheit iſt, daß ſich ein vermögensrechtliches Intereſſe daran knüpft, deſſen Gewährung den Gegenſtand gerichtlicher Verfolgung und Verurtheilung des Verpflichteten abgeben kann. — Daß der Penſionsverein an der Beibringung des Geburtszeugniſſes ein vermögensrechtliches Intereſſe habe, wie es vorſtehend bezeichnet worden iſt, beruht nach dem, was oben über den Einfluß dieſes Zeugniſſes auf den Umfang der Verbindlichkeiten des Beklagten geſagt worden iſt, außer allem Zweifel. Nun läßt ſich zwar nicht in Abrede ſtellen, daß das ältere römiſche Gerichtsverfahren nach der richtigern Anſicht einen directen Zwang gegen den Beklagten wegen Vornahme einer Handlung gar nicht gekannt hat. Dies hat ſich jedoch nach heutigem Proceſſe geändert, namentlich enthält aber das Executionsgeſetz vom 28. Februar 1838. §§. 70. u. 71. ganz klare Beſtimmungen über das Executionsverfahren wegen einer vorzunehmenden Handlung.

c.

Endlich bedarf es nur noch der Erwähnung, daß nach den in der Klage angezogenen Vorlagen Bl. — flg. der Beklagte durch ſeine Zeichnung von zwei Einheiten ſich unzweifelhaft gegenüber dem ſpäter gegründeten Penſionsvereine verbindlich gemacht hat.

Soviel ferner

2.

die in der Klage geforderte Conventionalſtrafe anlangt, ſo hat das Königliche Oberappellationsgericht ſich ebenfalls bereits früher dahin ausgeſprochen, daß die Vorſchrift in §. 9. des Statuts Bl. —:

> wenn die Zahlung der Jahresbeiträge bis zum Jahresſchluſſe unterbleibe, ſo werde das ſäumige Mitglied aller Anſprüche an den Verein für ſich und ſeine Hinterlaſſenen verluſtig,

als eine zum Beſten des Vereins gereichende clausula cassatoria zu betrachten ſei, mithin der Verein das Recht habe, das ſäumige Mitglied für ausgeſchieden zu erklären, keineswegs aber das ſäumige Mitglied verlangen könne, daß ſeine Säumigkeit in Zahlung der Jahresbeiträge als Ausſcheidung aus dem Vereine anerkannt werde. Dieſer Charakter der fraglichen Beſtimmung berechtigt zu der Folgerung, daß, wenn der Verein von dem Rechte, das ſäumige Mitglied als ausgetreten zu betrachten, keinen Gebrauch macht, das Rechtsverhältniß, wie es, abgeſehen von der clausula cassatoria, ſich geſtaltet, in allen Beziehungen fortdauert, und daß daher namentlich der Verein das Befugniß enthält, von dem ſäumigen Mitgliede diejenigen Conventionalſtrafen einzuklagen, welche durch die unterlaſſene tempeſtive Zahlung der Jahresbeiträge in Gemäßheit des Statuts §. 9. verwirkt worden ſind.

Zu bemerken iſt jedoch hierbei, daß der Beklagte lediglich rückſichtlich der Jahresbeiträge vom Jahre 1848, 1849 und 1850 zu Bezahlung der geklagten Conventionalſtrafen verurtheilt werden kann, weil die Klage auf die Jahresbeiträge vom Jahre 1851 und in Folge deſſen auf die Conventionalſtrafen rückſichtlich dieſes Jahres hinwegfällt, wenn der Beklagte das relatum über die Bl. — vorgeſchützte Ausflucht leiſtet.

Ad confirmatoriam.

Soweit das vorſtehende Erkenntniß eine Beſtätigung der vorigen Entſcheidungen enthält, hat man den von der vorigen Inſtanz gegebenen Entſcheidungsgründen beigetreten und man kann ſich daher auf nachſtehende Bemerkungen beſchränken:

Soviel

a.

die Bl. — flg. vorgeſchützte Ausflucht, daß der

Beklagte schon zu Ende des Jahres 1849 seinen Austritt aus dem Vereine erklärt habe, anlangt, so hat man der Ansicht der Kläger, daß erstens nach dem von dem Beklagten deshalb Gesagten die Austrittserklärung eine blos bedingte gewesen sei, und zweitens die Austrittserklärung auch gegen den Vorstand des Vereins nicht gültig habe erfolgen können, nicht beizutreten vermocht. Soviel nämlich den ersteren Einwand anlangt, so ist der übrigens nach §. 29. der Statuten zu jeder Zeit freistehende Austritt an keine Solennität gebunden, derselbe hat daher mit den Worten, welche der Beklagte zu dem Ende gebraucht haben will, daß er dem Vereine nicht angehören möge, sehr wohl erklärt werden können, und wenn der Beklagte dabei hinzugefügt zu haben anführt, daß er auf seine eingezahlten Beträge verzichte und mit ferneren Anmuthungen aber auch verschont sein wolle, so enthält dies nicht eine Bedingung der Austrittserklärung, sondern die bloße Aussprache des Beklagten über die nach seiner Ansicht aus seiner Austrittserklärung sich ergebenden rechtlichen Folgen. Und soviel den zweiten Einwand angeht, so bedarf es zu dessen Widerlegung lediglich einer Beziehung auf §. 64. der Geschäftsordnung und der kurzen Bemerkung, daß dagegen der §. 35. der Statuten nicht in Betracht kommen kann, weil die Geschäftsordnung die Vertretung des Vereinsdirectoriums durch den Vorstand zum Gegenstande hat, während das Statut blos die Vertretung des Vereins durch das Directorium betrifft.

b.

Nach der Ansicht des Königlichen Oberappellationsgerichts ist das Klaggesuch auf Erfüllung aller Verbindlichkeiten Seiten des Beklagten, als Vereinsmitgliedes in futurum, zwar an sich statthaft, es hat jedoch hierauf in dem vorliegenden Falle nicht erkannt werden können, weil von einem Verbindlichsein des Beklagten in futurum keine Rede sein kann, wenn, wie übrigens vorauszusetzen ist, das relatum über die Exception Bl. — geleistet wird.

c.

Durch die letztere Bemerkung erledigt sich zugleich der Antrag der Kläger, daß eventuell für den Fall der Nichtleistung des relati Seiten des Beklagten erkannt werden möchte.

Endlich

d.

rechtfertigt sich die erkannte Compensation der Proceßkosten durch das Ergebniß des Processes, wie solches nach den in der Sache gegebenen Entscheidungen zu dem Klaggesuche der Kläger sich gestaltet.

Aus diesen Gründen war so, wie in gegenwärtigem Urthel geschehen, zu erkennen, und es bedarf nur noch der Erwähnung, daß die ausgesprochene Compensation der Kosten gegenwärtiger Instanz durch den Inhalt vorstehenden Urthels sich von selbst rechtfertigt."

## 78.

**Ein gerichtliches, mündlich errichtetes Testament wird dadurch nicht ungültig, daß in demselben den zugezogenen Gerichtsbeisitzern Legate ausgesetzt worden sind.**

Mitgetheilt von

Herrn Ger.-Rath G. in P.

Karl Eduard W. in D. hatte in einem vor den Gerichten zu L., welche in seine Wohnung gerufen worden waren, zu Protokoll erklärten letzten Willen den Agent L. in D. zum Universalerben eingesetzt. Nach seinem Tode wurde das errichtete Testament von den nächsten Verwandten des Verstorbenen, Gustav Eduard W. und Johann George R., als Zustandsvormund Louis August W.'s, deshalb als ungültig angefochten, weil es errichtet worden sei 1) von einem Sterbenden ohne Besinnung, 2) von einem Blödsinnigen und daher keineswegs Dispositionsfähigen, 3) der überdies von Beklagtem durch List, Ueberredung und Gewalt dazu getrieben worden, 4) in einer Form und unter Umständen, die sein Bestehen vor dem Rechte mehr als zweifelhaft machten.

Nachdem der von Klägern deshalb geführte Beweis in erster und zweiter Instanz als verfehlt bezeichnet und Beklagter von der erhobenen Klage entbunden und losgezählt worden war, brachten die Kläger unter anderweiter Appellation folgendes, bis dahin ganz unberührt gelassenes Moment zur Sprache:

„Die wesentlichste Solennität der Testamentserrichtung im vorliegenden Falle, wo dieselbe nicht an ordentlicher Gerichtsstelle, sondern in der gemeinschaftlichen Wohnung Beklagtens und gedachten W.'s (des Testators) erfolgt ist, besteht darin, daß dabei entweder der Gerichtsvorstand, der Actuarius und ein Gerichtsschöppe, oder der Actuarius und zwei Schöppen, oder, dafern der Actuarius zugleich die Person des Richters in sich vereinigt, derselbe wenigstens mit einem Gerichtsschöppen zugegen gewesen sein müsse.

Die fragliche Testamentsurkunde bezeugt, daß das Gericht bei Aufnahme dieses letzten Willens aus

dem Gerichtsdirector H. und den beiden Gerichtspersonen von D., dem Lehnrichter L. und dem Gerichtsschöppen S., bestanden habe; eines Actuarius, welcher bei dieser Art gerichtlicher Testamente die wesentlichste Person bildet, nicht der Richter, ist hierbei nicht gedacht. Will man nun auch annehmen, daß der Gerichtsdirector H. die Eigenschaft des Richters und Actuarius in sich vereinige, — obschon dies füglich in der Testamentsurkunde mit auszudrücken gewesen wäre, — so kann es doch nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß die von ihm adhibirten beiden Gerichtspersonen in dieser Qualität für den erwähnten Testamentsact völlig unzulässig und ungültig waren.

Nicht blos, daß die eine derselben, der Lehnrichter L., wie durch dessen eigene Aussage in den Acten bestätigt worden, denjenigen Aufsatz, welchen nachgehends der Gerichtsdirector H. dem Testamentsprotokolle zu Grunde gelegt, verabfaßt, in seiner Behausung zurückbehalten und in letzterer, ohne alle Concurrenz des Erblassers W., dem Gerichtsdirector H. eingehändigt hat, sondern er hat sich sogar selbst in dem betreffenden Aufsatze ein Legat von 150 Thlrn. —‚ —‚ und jedem Gerichtsschöppen zu D. ein Legat von 10 Thlrn. —‚ —‚ angeschrieben, und sind diese Legate aus dem Aufsatze in das Testamentsprotokoll und aus diesem in die Testamentsurkunde übergegangen.

Somit erscheinen sowohl der Lehnrichter L., als auch der Gerichtsschöppe S. selbst als in dem fraglichen Testamente eingesetzte Legatare.

Will man nun auch die unter den Rechtslehrern streitige Frage, ob bei gerichtlichen Testamenten das Gericht an die Stelle der Zeugen trete, wofür allerdings die Disposition in l. 19. C. de test. und die Worte der c. 3. p. III. sprechen, oder nicht blos solennitas testium, sondern auch andere äußere Förmlichkeiten wegfallen, dahin gestellt sein lassen, so ist doch nach den Rechten und der Natur der Sache unzweifelhaft, daß ein gerichtlicher Testamentsact, bei welchem die das Gericht repräsentirenden Personen selbst, sei es als Erben oder auch nur als Vermächtnißnehmer, betheiligt sind, völlig ungültig sei.

Dies kann im gegenwärtigen Falle um so weniger bestritten werden, weil, sieht man von den beiden zugezogenen, in dem fraglichen Testamente als Legatare bedachten Gerichtspersonen ab, nur der Gerichtshalter H. als einziges unbetheiligtes Gerichtsmitglied übrig bleiben würde.

Dieser kann aber, wie bereits in Obigem bemerkt worden, allein das Gericht hier, wo es sich um Aufnahme eines letzten Willens in der Privatbehausung des Testirers handelt, nicht repräsentiren.

Dadurch ist aber ein wesentlicher Formfehler des in Frage kommenden letzten Willens constatirt, welcher dessen Nullität schon in seiner Entstehung begründet."

Das Königl. Oberappellationsgericht bestätigte aber unterm 23. März 1854 die früheren Entscheidungen und gab bezüglich des ausgehobenen Passus folgende Entscheidungsgründe:

„Präjudiciell ist die Frage, ob das von den Klägern als ungültig angefochtene Testament des am 13. März 1849 verstorbenen Karl Eduard W. Bl. — denjenigen formellen Erfordernissen entspreche, welche die Gesetze in Betreff der gerichtlichen Testamente vorgeschrieben haben. Kläger haben neuerlich Bl. — in dieser Beziehung ein bis dahin sowohl von ihnen selbst, als auch von den Verfassern der vorigen Entscheidungen ganz unberührt gelassenes Moment zur Sprache gebracht, das nämlich, daß die als Gerichtsbeisitzer zugezogenen beiden Gerichtspersonen zu D. im gedachten Testamente selbst mit Legaten bedacht worden. Sie wollen aus diesem Grunde den gedachten Personen die Fähigkeit abgesprochen wissen, gleichzeitig als Gerichtsbeisitzer bei der Errichtung des fraglichen Testamentes zu fungiren, und folgern hieraus weiter die Ungültigkeit des letzteren insofern, als die Zuziehung wenigstens eines Gerichtsbeisitzers im vorliegenden Falle zur formellen Gültigkeit des Actes unerläßlich gewesen sei. Die letztere Bemerkung ist ganz richtig, da ein extra locum judicii errichtetes Testament in Frage steht, und der von Klägern nicht bestrittene Umstand, daß der mit der Niederschrift des Testamentes in des Testirers Wohnung beschäftigt gewesene Gerichtsverwalter die Functionen des Richters und Actuars in seiner Person vereinigte, zwar die Zuziehung eines zweiten Gerichtsbeisitzers, deren es außerdem bedurft haben würde, entbehrlich machte, nicht aber von der Nothwendigkeit der Zuziehung wenigstens eines Gerichtsbeisitzers entband.

vergl. Decis. 43. und 73. de ao. 1661.

Haubold, Lehrbuch des sächs. Privatr., §. 337.

Allerdings würde daher das in Frage stehende Testament der von den Gesetzen vorgeschriebenen äußeren Formalität entbehren, wenn den Klägern in der Behauptung beizutreten wäre, daß die zugezogenen zwei Gerichtsbeisitzer deshalb, weil der Testator ihnen gleichzeitig in dem errichteten Testamente Legate ausgesetzt, unfähig geworden wären, im concreten Falle als Gerichtsbeisitzer bei der Testamentserrichtung adhibirt zu werden. Allein diese Behauptung ist ungegründet. Man hat in dieser Beziehung lediglich

auf den Inhalt der Decis. 9. von 1746 zu verweisen. Dieses Gesetz verbietet zwar unter anderm auch, daß in den vor Gericht in Schriften oder auch mündlich aufgerichteten letzten Willen die Gerichtsobrigkeit, die Gerichtspersonen, der Actuar oder Gerichtshalter oder dieser Personen Eheweiber oder Descendenten zu Erben eingesetzet, oder ihnen etwas darinnen legiret oder sonst verlassen werden möge, allein keineswegs bei Strafe der Nichtigkeit oder Ungültigkeit des Testaments selbst, sondern blos unter dem Präjudize der Ungültigkeit dessen, was zum Besten der mit der Fertigung eines letzten Willens beauftragten oder dabei concurrirenden Personen, bezüglich deren Ehegatten und Descendenten, in demselben enthalten, insofern nicht die am Schlusse der Decision und bezüglich in dem Erläuterungsgenerale vom 15. Februar 1754 erwähnten besonderen Ausnahmefälle eintreten. Offenbar ist bei dieser Vorschrift, die außerdem gar keinen Sinn haben würde, als unzweifelhaft und unbestreitbar vorausgesetzt worden, daß in allen übrigen Punkten ein solches Testament gültig, und soweit nicht in einzelnen concreten Fällen der Wegfall der Erbeinsetzung das Bestehen des Testaments von selbst geradezu unmöglich macht, aufrecht zu erhalten sei. Hieran kann um so weniger ein Zweifel bestehen, wenn man erwägt, daß die gedachte particularrechtliche Vorschrift in engster Verbindung steht mit den betreffenden Bestimmungen des gemeinen Rechts, von welchen sie Hommel (Rhapsod. obs. 752.) sogar blos als eine „versio theodisca" zu bezeichnen kein Bedenken trägt. Mag nun auch letzteres insofern nicht ganz zutreffen, als die gedachte Decision, wie namentlich von Gottschalk (Analect. juris sax., Cap. VI. pag. 112 sq.) ausführlich gezeigt worden, das gemeine Recht in Betreff der Fälle, wo wegen Concurrenz bei Fertigung des letzten Willens die in diesem enthaltenen Zuwendungen ungültig werden, noch erweitert hat, so ist doch die Folge, welche das Zuwiderhandeln gegen das betreffende Verbot nach sich zieht, ganz unverändert beibehalten worden, indem diese auch nach dem gemeinen Rechte nur darin bestand, daß das zu Gunsten der Personen, welche die Testamentsurkunde abgefaßt, in letzterer Enthaltene für nicht geschrieben erachtet, der übrige Inhalt des Testaments aber dadurch nicht beeinträchtigt wurde.

l. 1. D. de his, quae pro non script. hab.
l. 6. 10. 11. 14. 15. D. ad l. Cornel. de falsis et de SCto Libon.
l. 3. Cod. de his, qui sibi adscrib.
Schweppe, römisches Privatrecht ꝛc. 5ter Band §. 792.
Bauer, Decis., ad decis. IX. §. 11.
Gottschalk, l. c. pag. 133 sq.
Curtius, Handbuch, §. 677. in fine.

Wohl würde daher zwar hinsichtlich der den beiden Gerichtsbeisitzern in dem Testamente des verstorbenen Karl Eduard W. ausgesetzten Legate die Frage entstehen können, ob dieselben nicht in Gemäßheit der mehr allegirten gesetzlichen Vorschrift als ungültig in Wegfall zu bringen seien, was indeß dem gegenwärtigen Streite, der nicht zwischen dem Erben und den Legataren, sondern zwischen ersterem und dem den Bestand des Testaments anfechtenden Intestaterben geführt wird, ganz fremd ist, allein keineswegs kann die Erbeinsetzung des Beklagten und bezüglich der übrige Inhalt des W.'schen Testaments dadurch ungültig werden. Zu diesem Resultate würde man auch dann nicht gelangen, wenn man von dem Gesichtspunkte ausgehen wollte, daß die Gerichtsbeisitzer wesentlich die Function als Zeugen auszufüllen hätten, daher bei ihnen die allgemeine Regel, daß ein gültiger Zeuge nur der sein könne, welchem kein eignes Interesse an der Sache, worüber er Zeugniß abzulegen hat, beiwohne, in Anwendung bringen wollte. Denn bei der Testamentserrichtung erleidet diese Regel insofern eine Ausnahme, als Legatare und selbst fideicommissarische Erben gültigerweise allerdings als Zeugen dabei adhibirt werden können.

§. 11. J. de testament. ordin.
l. 14. D. de rebus dubiis.
l. 20. pr. D. qui testament. facere possunt et quemadmodum etc.
l. 22. Cod. de testam.
Glück, Erläuterung d. Pandecten, Th. 34. S. 347.
Curtius, Handbuch, §. 662. in fine."

## 79.

### Ueber die Wirkung eines Geständnisses in Criminalsachen, welches die einzige wesentliche Grundlage des Schuldbeweises ist.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. R. in O.

In einer vor den Gerichten zu W. wider August Ferdinand M. wegen Versuchs der Brandstiftung anhängigen Untersuchung erkannte das Königliche Appellationsgericht zu Dresden am 29. Juli 1853 für Recht:

„Weil August Ferdinand M., wie er Bl. — verbunden mit Bl. — eingeräumt hat, am 29. April dieses Jahres, um den von ihm gefaßten Vorsatz die Ortsschenke zu F. wegzubrennen, in Ausführung zu bringen, sothane Schenke und deren Bauart

genau in Augenſchein genommen, hiernächſt am 30. April dieſes Jahres ſich in F. zu beſagtem Zwecke Zündhölzchen gekauft und hierauf an dem nämlichen Tage, ſowie an dem darauf folgenden in der Abſicht, ſein verbrecheriſches Vorhaben auszuführen, ſich in und reſp. an die gedachte Schenke begeben hat, er aber an der wirklichen Anlegung des Feuers an jenem Tage durch die Gegenwart ab- und zulaufender Kinder, und am 1. Mai dieſes Jahres durch das Erſcheinen zweier Weiber verhindert worden iſt, als worauf er ſeinen verbrecheriſchen Vorſatz ganz aufgegeben hat, und nun kein haltbarer Grund in den Acten vorliegt, um die Glaubwürdigkeit der abgelegten Geſtändniſſe in Zweifel zu ziehen, immaaßen insbeſondere der Umſtand, daß Inculpat mit dem Verſuche der Ausführung ſeines Planes, — welcher nach ſeinen Geſtändniſſen Bl. — und Bl. — ſchon vor zwei Jahren, ja in Hinblick auf die von der Wittwe des früheren Beſitzers der Schenke zu F. Bl. — über des letztern Tod gegebene Auskunft, vor noch längerer Zeit gefaßt worden, — ſo lange gezögert hat, zwar nicht in demjenigen, was Inculpat Bl. — darüber angegeben, wohl aber in der natürlichen Scheu vor Verübung eines ſo ſchweren Verbrechens, wie das der Brandſtiftung iſt, ſeine ausreichende Erklärung findet, wie denn auch die Nichtbeſtätigung der von ihm über den Urſprung ſeines Grolls gegen den Beſitzer der Schenke Bl. — und Bl. — gemachten Erzählung Seiten der darüber abgehörten Johanne Chriſtiane verw. K. Bl. — ff. keineswegs geeignet erſcheint, den hohen Grad von Beweiskraft zu erſchüttern, welcher einem gerichtlichen Geſtändniſſe, zumal wenn es mit ſolcher Beſtimmtheit, wie im vorliegenden Falle, abgelegt worden iſt, innewohnt, ſo iſt Auguſt Ferdinand M., und zwar in Betracht, daß ſein zweimaliges Hinbegeben nach F. am 30. April und reſp. am 1. Mai dieſes Jahres als Verſuchshandlungen des Verbrechens der Brandſtiftung anzuſehen, bei einem bloßen Verſuche aber von dem aus dem Erfolge der verbrecheriſchen That hergeleiteten Erſchwerungsgrunde des Artikels 172. 1. des Criminalgeſetzbuchs nicht die Rede ſein kann, wegen verſuchter Brandſtiftung auf Grund Artikel 173. und 26. des Criminalgeſetzbuchs fünf Jahre lang mit Zuchthaus erſten Grades zu beſtrafen, auch die erwachſenen Koſten abzuſtatten verbunden."

Nach erfolgter anderweiter Vertheidigung M.'s erkannte das Königl. Oberappellationsgericht am 12. April 1854 in folgender Weiſe:

„Daß Auguſt Ferdinand M. mit der Bl. — der Acten unter Rep. X. Lit. M. No. 3. ihm auferlegten Zuchthausſtrafe erſten Grades von fünf Jahren nunmehr zu verſchonen; es iſt vielmehr wider denſelben in Betreff des ihm zur Laſt gelegten Verſuchs einer Brandſtiftung im Mangel mehrern Verdachts weiter etwas nicht vorzunehmen und iſt derſelbe nach Bekanntmachung dieſes Erkenntniſſes aus der Strafanſtalt ſofort zu entlaſſen; jedoch iſt er auch die neuerlich erwachſenen Unkoſten abzuſtatten verbunden.

Von Rechtswegen.

Entſcheidungsgründe. Das Geſtändniß eines Verbrechens iſt kein abſolutes Beweismittel, ſondern ſeine Beweiskraft, gleich der jedes Anzeichens im Criminalproceß, von dem Einfluſſe abhängig, den es auf die Ueberzeugung des Richters ausübt. Das Bekenntniß des Inculpaten M., daß er am 30. April 1853 in den Gaſthof zu F. ſich begeben, um daſelbſt Feuer anzulegen; daß er, mit dem zu Ausführung dieſes Vorhabens erforderlichen Material verſehen, dort mehrere Stunden lang verweilt; daß er aber an der Vollbringung der That durch die Nähe von verſchiedenen, insbeſondere vorübergehenden, Perſonen verhindert worden ſei, iſt im Erkenntniſſe voriger Inſtanz als genügende Unterlage für die richterliche Ueberzeugung von M.'s Schuld betrachtet worden, und es konnte dies auch, weil M. einen nicht geradehin unglaubhaften Beweggrund zur That angeführt und, obſchon das Eingeräumte nur hinſichtlich der Anweſenheit im Gaſthof zur angegebenen Zeit Beſtätigung gefunden, doch im Allgemeinen die Vermuthung für die Richtigkeit jedes Geſtändniſſes deshalb ſpricht, weil vernünftigerweiſe nicht angenommen werden kann, daß ein Menſch, der im Stande iſt, die Folgen ſeiner Handlungen wenigſtens ungefähr zu ermeſſen, ſich dem doppelten Nachtheile der Schande und der Strafe eines Verbrechens ausſetzen werde, wenn er nicht dadurch dem noch ſchwerer auf ihm laſtenden Drucke der Verheimlichung einer ungeſühnten Miſſethat entgehen will.

Einigermaaßen geſchwächt erſchien jedoch dieſe allgemeine Vermuthung für den vorliegenden Fall ſchon dadurch, daß M., vermöge ſeines durch Eigenthumsverbrechen vieler Art und durch Vagabundiren befleckten Rufes für Ehre und Schande vorausſetzlich im höhern Grade abgeſtumpft, die Schande eines nicht einmal zur Ausführung gekommenen Verbrechens kaum für ein großes Uebel achten mochte, daß bei der Geneigtheit aller auf einer niedern Stufe der moraliſchen Ausbildung ſtehenden Menſchen Beſchönigungen für Miſſethaten aufzuſuchen und zu finden, der Druck des Bewußtſeins eines nicht zur wirklichen That gediehenen böſen Vorſatzes nur ein verhältnißmäßig geringer ſein konnte, daß endlich bei einem Menſchen, der nach Jahren noch eine geringfügige

Unbill durch ein ſo ſchweres Unheil, als Brandlegung, zu rächen geneigt geweſen, und ſogar, ohne nach der Exiſtenz der bereits verſtorbenen Perſon zu fragen, durch die er jene Unbill erfahren, ein ſo hoher Grad von Bosheit vorauszuſetzen ſein würde, daß die aufgeforderte Ablegung des Geſtändniſſes eines durch äußere Umſtände faſt nie zu ermittelnden Verbrechens kaum das Ergebniß bloßer Gewiſſensangſt geweſen ſein kann. Endlich iſt auch nicht außer Betracht zu laſſen, daß M. wohl ſchwerlich im Stande war, zu ermeſſen, welcher Strafe er ſich durch ſein Geſtändniß ausſetzte. Denn wenn ſchon im Allgemeinen die Bekanntſchaft mit der Strafe der Brandſtiftung vorausgeſetzt werden kann, ſo iſt doch bekanntlich die Grenze zwiſchen Verſuch eines Verbrechens und blos vorbereitenden Handlungen eine oft ſelbſt für den Rechtskundigen im einzelnen Falle ſchwer zu ermeſſende; die Strafbarkeit wirklicher Verſuchshandlungen ebenfalls eine nach den Umſtänden ſehr verſchiedene, ſo daß bei einem der Rechte unkundigen, überhaupt auf niederer Bildungsſtufe ſtehenden Subjecte ſehr leicht der Wahn Platz ergreifen kann, daß er nur ein mit geringer Freiheitsſtrafe zu ahndendes Vergehen einräume, während das, was er eingeſteht, nach der richterlichen Auffaſſung in Wirklichkeit ein mit ſchwerer Strafe zu ſühnendes Verbrechen iſt.

Zu dieſen Bedenken trat nach Bl. —, nach Publication des Urthels, der Umſtand hinzu, daß M. bei ſeiner Abführung in die Strafanſtalt, der er ſich unterworfen, gegen den ihn transportirenden Gerichtsſchöppen die Verſicherung ausgeſprochen, daß er die ihm auferlegte Strafe unſchuldig erleide. Auch neuerlich iſt er, wie das Gericht zu W. unterm 7./10. April d. J. dem Oberappellationsgericht berichtlich angezeigt, in der Strafanſtalt mit der nämlichen Verſicherung hervorgetreten, und hat dem die Angabe beigefügt, daß er das Bekenntniß wider die Wahrheit abgelegt habe, weil er, nach dem Rathe eines mit ihm inhaftirten Handwerksburſchen, durch Bekenntniß eines mit einer geringern Freiheitsſtrafe zu ahndenden Vergehens der Maaßregel der Enthaltung in einer Arbeitsanſtalt zu entgehen gehofft habe, welche ihm, nachdem er abermals wegen arbeitsloſen Umherſtreichens aufgegriffen worden, in Folge einer früher an ihn erlaſſenen Verwarnung bei Ablieferung an ſeine ordentliche Obrigkeit in Ausſicht ſtand.

Daß M.'s Beweggrund zu einem Geſtändniſſe auch wider die Wahrheit der eben angegebene geweſen ſein könne, iſt nicht wohl zu bezweifeln, denn, wie im Vorſtehenden gezeigt, konnte er in Bezug auf die Folgen ſeines Geſtändniſſes theils gleichgültig, theils, was die Größe der drohenden Strafe anlangt, im Irrthume ſein, und es iſt durchaus nicht undenkbar, daß er die Folgen des Geſtändniſſes für minder beſchwerlich achtete, als die Maaßregel der Detention in einer Correctionsanſtalt.

Ob in der That ein Mitgefangener M.'n in der Weiſe, wie dieſer angiebt, berathen habe, iſt zur Zeit unermittelt, erſchien aber auch dem Oberappellationsgericht nicht erheblich genug, um die in dieſer Richtung höchſt wahrſcheinlich erfolgloſen Erörterungen anzuordnen, dagegen ergiebt ſich aber die Richtigkeit des Umſtandes, daß Seiten des Kreisamts zu F. dem M. für den Fall der Fortſetzung ſeines vagabondirenden Lebenswandels die Einlieferung in eine Correctionsanſtalt im Juni 1852 in Ausſicht geſtellt worden, Bl. — des beiliegenden Fascikels 570./IV.

Nach der Anſicht des Oberappellationsgerichts werden durch dieſen Umſtand, in Verbindung mit den vorher beſprochenen Bedenken, die Unterlagen für die Ueberzeugung von der Wahrheit des Geſtändniſſes ſoweit beeinträchtigt, daß mindeſtens volle Ueberzeugung von M.'s Schuld aus ſeinen Geſtändniſſen weiter nicht geſchöpft werden kann. Kann aber dieſes nicht, ſo reicht auch das Geſtändniß nicht hin, um auf Grund deſſelben die Verurtheilung, beziehentlich die Beſtätigung des verurtheilenden Erkenntniſſes auszuſprechen. Das Mandat vom 17. April 1810 ſteht dieſer Annahme nicht entgegen, denn wie ſchon nach dieſem Geſetze die Prüfung der Wahrheit eines Geſtändniſſes nicht ausgeſchloſſen iſt, ſo erſcheint ſie nach der Vorſchrift im art. X. des Geſetzes vom 30. März 1838 als beſtimmte Pflicht des Richters, der nicht nach formellen Beweismitteln, ſondern nur nach ſeiner Ueberzeugung zu entſcheiden hat.

Das Oberappellationsgericht hat daher bei ermangelnder voller Ueberzeugung von der Richtigkeit des von M. abgelegten Geſtändniſſes, als der einzigen weſentlichen Grundlage des Schuldbeweiſes, die in voriger Inſtanz ausgeſprochene Verurtheilung aufzuheben und M. in Mangel mehreren Verdachts von der Unterſuchung zu entbinden gehabt.

Daß in dieſer Abänderung der vorigen Entſcheidung kein Grund lag, den Inculpaten mit Abforderung der Koſten der Unterſuchung, mit Einſchluß der neuern, zu verſchonen, bedarf keines weitern Beweiſes."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 6 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 39.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 80.

### Ueber die Verbindlichkeit zu Räumung des zum Wasserabfluß bestimmten, auf dem servitutpflichtigen Grundstücke befindlichen Grabens.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. H. in M.

Auf dem Grund und Boden des Bauerguts-besitzers U. zu S. befand sich ein Graben, welcher das aus dem benachbarten Teiche des Gutsbesitzers H. abfließende Wasser in sich aufnahm und auf ein anderes, dem H. gehöriges Grundstück hinüberleitete. U. hatte nach rechtskräftiger Entscheidung vom Jahre 1830 diese Servitut zu leiden, auch den Graben zu unterhalten und, so oft nöthig, zu heben.

Im Jahre 1847 erhob H. gegen U. Klage und verlangte, auf die in gedachter Entscheidung angezogenen Pandectenstellen

cogendum esse vicinum purgare, l. 2. §. 4. D. de aqua et aquae pluv. (XXXIX. 3.)

agi tecum posse, ut reficias, l. 2. §. 7. eod.

Bezug nehmend,

daß U. den in dem Wasserleitungsgraben sich aufhäufenden Schnee und andere durch Naturereignisse herbeigeführte Hemmnisse des Wasserlaufs entferne.

Das hierauf gerichtete Verlangen wurde jedoch durch drei in dieser Beziehung übereinstimmende Erkenntnisse für unstatthaft erklärt, und Beklagter nur für verbindlich erachtet, dem Kläger zu gestatten, daß dieser aus dem Graben den Schnee und sonstige durch Naturereignisse, ohne Beklagtens Schuld, entstehende Hemmnisse des Wasserlaufs selbst entferne.

Die zu diesen Erkenntnissen gegebenen Entscheidungsgründe folgen nachstehend:

I. Aus dem Erkenntniß des Königl. Spruchcollegii zu Leipzig vom 23. Juli 1847.

„Die Verbindlichkeit zum Auswerfen des Schnees aus dem Graben läßt aus der bloßen Verpflichtung, den Graben zum Behufe der Unterhaltung von Zeit zu Zeit zu räumen und zu heben, sich keineswegs ableiten. Die letztere Obliegenheit beschränkt sich lediglich darauf, dafür zu sorgen, daß in dem Graben sich nicht dauernde Hindernisse des Wasserlaufs, welche zuletzt selbst ein Verschwinden des Grabens zur Folge haben würden, aufhäufen, sie ist aber keineswegs dahin auszudehnen, daß der Servitutpflichtige alle und jede zufällige und blos temporäre Hinderungen des Wasserlaufs auf seine Kosten oder mit eigener Arbeit beseitigen müßte, vielmehr liegt ihm solchenfalls blos ob, dem Besitzer des herrschenden Grundstücks zu gestatten, daß dieser selbst dergleichen Hindernisse hinwegschaffe,

L. 2. §. 6. D. de aqua et aquae pluviae arcendae. (XXXIX. 3.)

„Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint.“

Wenn aber selbst dann, si aqua fluens iter suum stercore obstruxit, gegen den Servitutleidenden nicht darauf geklagt werden kann, ut fossam purget, sondern nur, ut purgari sinat, so ist dies nothwendig noch mehr der Fall, wenn die temporäre und nach kurzer Zeit von selbst verschwindende Störung des

Wasserlaufs durch ein unvermeidliches Naturereigniß herbeigeführt worden ist. Ueberhaupt aber ist der Servitutleidende in einem Falle, wie der hier vorliegende, höchstens nur insoweit zu Anwendung positiver Thätigkeit verbunden, als dies nöthig ist, um die äußere Vorrichtung zur Ableitung des Wassers in brauchbarem Stande zu erhalten."

II. Aus dem Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu Zwickau vom 14. Januar 1848.

„Der Eigenthümer eines dienstbaren Grundstücks muß zwar dem Herrn des berechtigten Grundstücks alles gestatten, wodurch die Ausübung der Servitut möglich gemacht und erhalten werden kann; er darf daher demselben nicht versagen, die deshalb erforderlichen Reparaturen vorzunehmen und Ausbesserungen zu bewirken;

L. 11. pr. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.)

L. 4. pr. D. de itinere actuque privato. (XLIII. 19.)

Glück, Erläuterung der Pandecten, Theil 10. S. 64 ff.

allein zu einer positiven Thätigkeit zum Besten des Berechtigten ist der Servitutpflichtige nicht verbunden, vielmehr ist es in der Regel eine Obliegenheit des ersteren, den zur Ausübung seiner Gerechtigkeit dienenden Gegenstand auf seine Kosten zu unterhalten.

L. 6. §. 2. und 5. D. si servit. vindic. (VIII. 5.)

L. 5. pr. und §. 1. D. de it. actuque priv.

Glück, a. a. O. S. 16 ff.

In Folge dieser Grundprincipien, deren Anwendung bei den in Bezug auf Wasserläufe bestehenden Servitutenverhältnissen in den Gesetzen ausdrücklich sanctionirt worden ist,

L. 11. §. 1. D. comm. praed.

L. 1. §. 6. und 10. D. de rivis. (XLIII. 21.)

ist der Besitzer des dienenden Grundstücks in dem Falle, wo nicht durch seine Schuld, sondern durch Naturereignisse der Wasserabfluß gehemmt und dadurch dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Schaden zugefügt wird, blos dazu verpflichtet, dem letzteren zu gestatten, daß derselbe auf sein, des Servitutpflichtigen, Grundstück komme und durch die Ausbesserung der zur Ausübung der Gerechtigkeit vorhandenen Anstalt das Hinderniß entferne und ferneren Schaden abwende.

L. 11. §. 1. D. comm. praed.

L. 1. §. 6. 7. und 10. D. de rivis. (XLIII. 21.)

Gesterding's Abhandl. über die actio pluviae arcendae; in dessen Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Th. 5. Abth. 1. No. I. §. 10. S. 42 ff. (Greifswalde, 1835.)

In keinem Falle ist daher der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ohne die Existenz eines besonderen Rechtstitels befugt, dem Servitutpflichtigen das Ansinnen zu machen, daß derselbe die dem Wasserlauf entgegentretenden Hemmnisse bei Seite schaffe und den Graben aufräume, sondern er darf gegen diesen nach der in

L. 2. §. 6. D. de aqua et aquae pluviae arcendae (XXXIX. 3.)

enthaltenen bestimmten Vorschrift sein Verlangen blos dahin richten, „ut aut ipse purget, aut purgare sinat"."

III. Aus dem Erkenntniß des Königlichen Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 20. Juli 1848.

„Der Kläger stützt sein Verlangen, daß der Beklagte zur Unterhaltung und Herstellung des Grabens in weitester Ausdehnung, namentlich auch zum Auswerfen des Schnees, für verbindlich erklärt werden möge, zunächst und hauptsächlich auf die ihm nach seiner Meinung hierbei zur Seite stehenden Rechtsvorschriften,

l. 2. §. 4. und 7. D. (XXXIX. 3.) „cogendum esse vicinum, purgare" und „agi tecum posse, ut reficias".

Betrachtet man indessen den ganzen Inhalt dieser beiden Gesetzstellen näher, so geht daraus unverkennbar hervor, daß keineswegs das, was der Kläger daraus folgert, nämlich:

> es sei der Besitzer des tiefer liegenden Grundstücks, welcher es sich gefallen lassen muß, daß der Besitzer des höher gelegenen Grundstücks seinen Wasserabfall mittelst eines Grabens durch sein, des tiefer Gelegenen, Grundstück hindurch führe, zur Unterhaltung des Grabens, und sogar in ausgedehntestem Umfange, verbunden,

hat ausgesprochen werden sollen, auch nicht ausgesprochen worden ist.

Nachdem im §. 3. der Jurist Paulus die Meinung des Cassius referirt hat, nach welcher dem tiefer Gelegenen gegen den höher Gelegenen, der ihm mittelst eines opus manufactum das Wasser zuweiset, keine Klage auf die Räumung des Wasserlaufes zustehen soll, dafern das Werk auf öffentliche Anordnung angelegt ist oder über Menschengedenken besteht, erwähnt er im §. 4., solchen durch die Partikel „vero" an §. 3. anschließend, die hiervon abweichende und durch die Worte am Schlusse: quod et ipse puto probandum, von Paulus für richtig erklärte Meinung des Atejus:

> „eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum,

purgare, sive extet fossae memoria sive non extet."

Alſo der obere Grundbeſitzer, welcher ſein Waſſer in einem Graben dem tieferen zuweiſet, kann von dieſem, nicht der Tiefere, welcher das Waſſer des Oberen aufzunehmen hat, von letzterem zur Räumung angehalten werden.

Im §. 7. gedenkt Paulus einer Anſicht des Labeo, welche im erſten Abſchnitte dahin, daß in dem Falle, wenn durch das Zuſammenſtrömen der Wäſſer eine Vertiefung auf einem Grundſtücke entſtanden iſt und dadurch der Nachbar benachtheiligt wird, die actio aquae pluviae arcendae nicht Statt finde, und im zweiten Abſchnitte dahin geht, daß ſich dies aber anders verhalte, wenn der benachtheiligende Zuſtand nicht die Folge von Naturereigniſſen, ſondern eines entweder vertragsmäßig oder vermöge Herkommens beſtehenden Grabens iſt. Dieſe Anſicht harmonirt mit dem auch in zahlreichen andern Stellen anerkannten und eigentlich ſich von ſelbſt verſtehenden Satze, daß kein Grundbeſitzer für Naturereigniſſe ohne Weiteres verantwortlich gemacht werden kann, wohl aber für die durch auf ſeinen Vortheil abzweckende Anlagen von Menſchenhänden Andern herbeigeführten oder drohenden Nachtheile. Und hierauf gehen die Worte:

„agi tecum posse aquae pluviae arcendae, ut reficias,"

mithin ebenfalls auf eine Verbindlichkeit des zu dem Graben berechtigten, nicht des zu deſſen Duldung verpflichteten Grundbeſitzers.

Es würde aber auch, ſollten §§. 4. und 7. den von dem Kläger behaupteten Sinn haben, darauf nichts zu geben ſein, weil ſolchenfalls dieſe beiden Paragraphen mit andern Geſetzſtellen in directem Widerſpruche ſtehen würden, und bei einem ſolchen Widerſpruche die Meinung ſich ganz unbedenklich zu der andern, theils an ſich rationelleren, theils den über die Servituten beſtehenden allgemeinen Rechtsprincipien mehr entſprechenden Anſicht hinneigen müßte.

Außer den von der vorigen Inſtanz allegirten Geſetzſtellen, welche klar und entſchieden die Anſicht des römiſchen Rechts darlegen, es habe der in der

l. 6. §. 2. D. si serv. vind. (8. 5.)

ausgeſprochene und beſonders von

Glück, in Pand.-Comment., Th. X. S. 14 flg. (24. 25.)

näher erläuterte Satz, daß bei allen Servituten, mit alleiniger Ausnahme der servitus oneris ferendi, die Unterhaltung und Herſtellung des Mittels zur Ausübung dem Berechtigten, nicht dem Servitutleidenden obliege, auch bei der servitus aquae ductus im weitern Sinne (dem Ableiten wie dem Zuleiten des Waſſers) volle Geltung, iſt noch auf

l. 11. pr. und §. 1. D. comm. praed. (8. 4.)

l. 1. pr. §§. 1. 8. 9 l. 3. §§. 8. 10. D. de rivis. (43. 21.)

l. 1. §. 23. l. 2. §§. 1. 5. 6. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.)

zu verweiſen, und es wird genügen, ſpeciell folgende Worte auszuheben:

l. 1. §. 23. D. (39. 3.) „non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus",

l. 2. §. 5. eod. „ut reponat, vel reponi sinat",

l. 2. §. 6. eod. „ut sinat purgari" — „ut sinat in pristinam conditionem redigi".

Ganz beſonders aber iſt hier

l. 2. §. 1. D. (39. 3.)

von entſcheidendem Einfluſſe, theils da der Kläger ſelbſt darauf provocirt, theils da ſie einen Ausſpruch deſſelben römiſchen Juriſten (des Labeo) enthält, deſſen Anſicht in §. 7. von Paulus referirt wird, theils endlich, weil §. 1. einen ähnlichen Fall, wie er hier in Frage ſteht, behandelt. Es hatte nämlich der niedriger liegende Grundbeſitzer einen ſeit längerer Zeit beſtehenden und zur Ableitung des Waſſers vom höher gelegenen Nachbargrundſtücke dienenden Graben nicht gereinigt, und in deſſen Folge war durch das Austreten des Waſſers auf das Grundſtück des Servitutberechtigten dieſem ein Nachtheil entſtanden. Hier ſoll, wie der Juriſt ſagt, gegen den tiefer Liegenden nur alternativ darauf geklagt werden können,

„ut aut ipse purgaret fossam, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere".

Man geſtand alſo hier dem Eigenthümer, welcher den Graben auf ſeinem Grundſtücke zu leiden und darin das ihm vom Nachbar zugeſendete Waſſer weiter fortzuführen hatte, die Wahl zu, den Graben zu räumen, dafern er dem Nachbar den Eintritt auf ſein Grundſtück Behufs der von dieſem vorzunehmenden Grabenräumung nicht geſtatten wollte, während an andern Stellen, z. B. l. 11. pr. und §. 1. D. (8. 4.), dem Servitutberechtigten unbedingt das Befugniß ertheilt wird, den fundus serviens Behufs der Ausbeſſerung des Grabens oder Baches zu betreten.

Uebrigens iſt dafür, daß auch die Rechtslehrer §§. 4. und 7. l. 2. D. (39. 3.) nicht in dem Sinne des Klägers nehmen, auf

Schneider, über die Erforderniſſe der actio aquae pluv. arc., in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, Band V. Heft 3. Seite 343. und

Kori, über das Wasserrecht, im Archiv für civilistische Praxis, Band 18. Heft 1. Nr. 2. Seite 52.

zu verweisen."

## 81.

### Ueber die Wirkung von Correcturen in einem gerichtlichen Protokoll.

Mitgetheilt von

Herrn **G.** in D.

Auf eine von Carl Gottlieb Z. bei dem Königl. Justizamt Pirna wider Gottlob Siegismund E. eingereichte anticipirte Widerklage war der Güte- und Rechtstermin auf den 6. April 1852 anberaumt worden. Am 5. April erschienen indeß bereits die Sachwalter der Parteien an Gerichtsstelle und baten laut des darüber aufgenommenen Protokolls, den auf morgen anberaumten Termin zu anticipiren; in Entstehung Vergleichs wurden sie darauf zum rechtlichen Verfahren verwiesen. In dem Protokoll stehen nach dem Worte „Termin" noch die Buchstaben „z. G. u. R."; indeß sind die Buchstaben u. R. durchstrichen und das G. ist zu dem Worte „Güte" ausgeschrieben worden. Am 6. April gab sich Widerklägers Sachwalter zum Rechtstermin an mit dem Bemerken, am Tage vorher sei nur der Gütetermin anticipirt worden, und bat, dies durch den betreffenden Actuar bestätigen zu lassen. Dieser versicherte zu den Acten, die Parteien seien einverstanden gewesen, daß ihr Angeben nur dem Gütetermin gelte, der Anfang des Septidui dagegen erst vom 6. April an laufen solle. Ueber ein nochmaliges persönliches Erscheinen im Rechtstermine hätten die Parteien sich nicht ausgesprochen, indeß dürfte ein stillschweigender Erlaß desselben im Sinne der Parteien gelegen haben. In der Replik trug hierauf der Widerkläger auf Verurtheilung des Widerbeklagten wegen Außenbleibens im Rechtstermine an. Letzterer führte dagegen an, sein Sachwalter habe am 6. April einen auswärtigen Termin gehabt, sei deshalb zu Widerklägers Sachwalter gegangen und habe ihn gebeten, den Termin zu Güte und Recht bereits den 5. April abzuhalten, womit dieser einverstanden gewesen sei, ihm ein duplex septiduum abgeschlagen, indeß den Beginn des Verfahrens erst auf den 6. April festgesetzt habe; deshalb habe ein persönliches Angeben im Rechtstermine nicht mehr erfolgen sollen. Dagegen hielt der Widerkläger noch ein, daß ausdrücklich dieses letztere Abkommen nicht getroffen worden sei.

Der Gerichtsbescheid erachtete wegen des Außenbleibens des Widerbeklagten im Rechtstermin ihn für der Klage geständig und überführt. Dagegen appellirte dieser, nahm einen andern Sachwalter an und ließ durch letzteren Erörterungen anstellen, wie die Correctur in das Protokoll gekommen sei. Der Beisitzer H., der das Protokoll mit unterschrieben hatte, gab an, daß er nur davon sprechen gehört, daß der Güte- und Rechtstermin anticipirt sein solle, ohne daß man beide getrennt habe, und daß der Anfang des Septidui auf den 6. April festgesetzt worden sei. Der Verfasser des Protokolls, Actuar M., sagte, anfänglich hätten die beiden Sachwalter ganz allgemein davon gesprochen, daß der Termin vom 6. auf den 5. anticipirt sein solle, er habe geschrieben „Termin z. G. u. R.", dann habe die Einigung wegen des Beginn des Septidui stattgefunden und deshalb habe er vorgeschlagen, daß unter diesen Umständen heute nur der Gütetermin anticipirt sein solle, wogegen kein Widerspruch erfolgt sei, und habe er beim Vorlesen des Protokolls daher die Buchstaben u. R. wieder ausgestrichen, während er das Wort „Güte" ausgeschrieben habe. Der Widerbeklagte behauptete unter diesen Umständen, daß ein corrigirtes Protokoll wider ihn Nichts beweise und noch weniger aus diesem oder den gedachten Auslassungen der Wille der Parteien erkannt werden könne; entweder habe eine nachträgliche Einigung, nur den Gütetermin zu anticipiren, nicht stattgefunden oder es sei doch die Absicht dabei gewesen, das persönliche Angeben im Rechtstermin zu erlassen.

Das K. Appellationsgericht zu Dresden reformirte darauf den Gerichtsbescheid und erkannte auf Beweis der Klage aus folgenden Gründen:

„Der vorige Bescheid hat den Widerbeklagten wegen seines angeblichen Außenbleibens in dem anberaumten Rechtstermin des Grundes der wider ihn erhobenen Widerklage für geständig und überführt erachtet und denselben daher dem Klaggesuch gemäß verurtheilt, wogegen von Widerbeklagtem nach Bl. — Berufung eingewendet worden ist. Es fragt sich daher zunächst, ob eine Contumaz des Widerbeklagten wirklich vorhanden sei, und in dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken:

Nach Bl. — war in gegenwärtiger Rechtssache der Güte- und Rechtstermin auf den 6. April 1852 anberaumt. Schon am vorhergehenden Tage erschienen aber nach Bl. — die Sachwalter beider Parteien und baten, den auf den nächsten Tag angesetzten Termin zu anticipiren, worauf auch Vergleichsverhandlungen gepflogen und schlüßlich in Entstehung einer gütlichen Vereinigung die Parteien zum rechtlichen Verfahren verwiesen worden sind. Die Diffe-

renz, die in Betreff dieſer Terminsanticipation obwaltet, iſt nun aber die, ob blos der Güte- oder auch der Rechtstermin anticipirt worden ſei, indem in dem hierüber aufgenommenen Protokoll, wie der Augenſchein lehrt, und wie auch der Verfaſſer dieſer Regiſtratur Bl. — noch beſtätigt hat, urſprünglich die Worte „und baten, den auf morgen anberaumten Termin z. G. u. R. zu anticipiren" enthalten waren, die Buchſtaben u. R. aber ſpäter ausgeſtrichen worden ſind, während der Buchſtabe G. in das Wort: „Güte" ausgeſchrieben worden iſt. Durch welche Veranlaſſung dieſe Correctur des Protokolls herbeigeführt wurde, darüber giebt das Letztere ſelbſt keine Auskunft, namentlich iſt auch bei demſelben nicht bemerkt, daß bei deſſen Vorleſen Seiten der Intereſſenten gegen die gewählte Faſſung eine Erinnerung gemacht worden wäre. War nun an ſich ſchon die Abkürzung der Worte „zu Güte und Recht" in die Buchſtaben z. G. u. R. unſtatthaft, ſo erſcheint die ſpätere, das Eſſentielle der Verhandlung betreffende Correctur noch weit unzuläſſiger, und wenn daher die corrigirten Worte des gedachten Protokolls überhaupt als nicht geſchrieben angeſehen werden müſſen, ſo iſt die Sache ſo zu betrachten, als wären die betreffenden Worte gar nicht vorhanden und als beſagte die Regiſtratur nur, daß von den Sachwaltern der Parteien auf Anticipation des anberaumten Termins im Allgemeinen, und ohne dabei zwiſchen dem Güte- und dem Rechtstermin ausdrücklich einen Unterſchied zu machen, angetragen worden ſei. In dieſem Falle aber würde davon auszugehen ſein, daß, da Güte- und Rechtstermin auf den nämlichen Tag anberaumt waren, hinſichtlich eines jeden dieſer beiden Termine die Anticipation erfolgt, wenigſtens ließe ſich hier, wo es ſich um eine Contumaz handelt, auf keinen Fall annehmen, daß, wenn die Sachwalter der Parteien nur im Allgemeinen auf Anticipation des auf den nächſten Tag anberaumten Termins antrugen, von ihnen hierbei nur die Anticipation des Gütetermins, nicht aber auch die des Rechtstermins beabſichtigt worden ſei, und zwar um ſo weniger, als nach dem Protokoll ſelbſt die Parteien, nachdem die Vergleichsverhandlungen ohne Erfolg geblieben waren, von dem Proceßgericht zum rechtlichen Verfahren verwieſen worden ſind, mithin ſchon etwas geſchehen war, was, wenn lediglich ein Gütetermin in Frage geweſen wäre, gar nicht in dieſen Termin gehört hätte. Erſchien daher auch der Widerbeklagte am darauf folgenden Tage nicht anderweit an Gerichtsſtelle, um ſich zu dem Rechtstermin anzugeben, ſo würde ſich doch nicht rechtfertigen laſſen, wenn man um deswillen annehmen wollte, daß er in die ihm in der Ladung für den Fall ſeines Außenbleibens im Rechtstermin angedrohten Rechtsnachtheile verfallen ſei. Daß aber die Friſt, bis zu welcher die Einlaſſung auf die Klage Seiten des Widerbeklagten einzubringen war, erſt von dem 6. April an berechnet werden ſollte, darüber iſt Widerkläger ſelbſt nach ſeiner Erklärung Bl. — mit Widerbeklagtem einverſtanden, und die nach Bl. — am 14. April 1852 Nachmittags vor fünf Uhr bewirkte Einreichung der Einlaſſung iſt daher unter Berückſichtigung der einfallenden Feiertage als rechtzeitig erfolgt zu erachten. Daß aber Widerbeklagter nicht, wie Widerkläger Bl. — eventuell auszuführen ſich bemüht hat, der gegen ihn erhobenen Klage mit Rückſicht auf ſeine Klagbeantwortung bei dem 30., 32. und 33. Einl.-Punkt für geſtändig und überführt zu achten ſei, bedarf keiner weitern Ausführung, da aus der Einlaſſung bei dieſen Punkten offenbar nicht das zu entnehmen iſt, was Widerkläger daraus herleiten will.

Konnte nun unter dieſen Umſtänden Widerbeklagter ſchon nach dem Inhalt der Acten, wie er bei Ertheilung des Beſcheids erſter Inſtanz vorlag, für contumax mit genügendem Grund nicht erachtet werden, ſo hätte es jedenfalls mehr im Intereſſe des Widerbeklagten gelegen, ſich auf die von ihm Bl. — eingewendete Berufung zu beſchränken und die nachträgliche Aufſtellung der Bl. — zu leſenden Anträge, welche zum Theil, wie er ſich im Voraus ſagen mußte, zu einem beachtenswerthen Reſultat überhaupt nicht führen, übrigens aber möglicher Weiſe für ihn mit Nachtheil verknüpft ſein konnten, zu unterlaſſen. Indeſſen hat ſich durch die Abhörung des Amtsbeiſitzers H. und des Actuars M. Bl. — nichts ergeben, wodurch in Beurtheilung der Sache zu Ungunſten des Widerbeklagten etwas geändert würde. Denn der Amtsbeiſitzer H., welcher das Protokoll Bl. — mitunterſchrieben, verſichert, daß, wie er ſich genau erinnere, die am 5. April 1852 an Amtsſtelle erſchienenen Sachwalter der Parteien nur im Allgemeinen die Anticipation des auf den 6. deſſelben Monats in gegenwärtiger Rechtsſache angeſetzten Termins beantragt hätten, ohne der Trennung deſſelben in den Güte- und Rechtstermin zu gedenken, daß ferner der Sachwalter Beklagtens wiederholt und in Gegenwart des klägeriſchen Bevollmächtigten von einer Reiſe, welche er den nächſten Tag vorhabe und die ihn an Abwartung des Termins an letzterem Tag behindere, geſprochen, daß jedoch eine Einigung beider Sachwalter darüber ſtattgefunden habe, daß das Septiduum erſt vom 6. April an zu laufen beginnen ſolle. Er beſtätigt alſo das Nämliche, was nach dem oben Geſagten ſchon nach dem Protokoll Bl. — ſelbſt anzunehmen

sein würde. Der Actuar M. dagegen versichert seiner Seits ebenfalls, daß die Sachwalter der Parteien am 5. April 1852 auf die Anticipirung des auf den darauf folgenden Tag anberaumten Termins angetragen hätten, ohne daß dabei die Frage, ob Güte- oder Rechtstermin anticipirt werden solle, erörtert worden sei, daß er vielmehr selbst in der Meinung, es solle Güte- und Rechtstermin anticipirt werden, gestanden und demgemäß auch den Anfang des fraglichen Protokolls mit der Abkürzung „Termin z. G. u. R." niedergeschrieben habe. Nun bemerkt derselbe zwar ferner, er habe, nachdem die Parteien bereits zum rechtlichen Verfahren verwiesen gewesen und die beiderseitigen Sachwalter sich dahin geeinigt gehabt hätten, daß das Septiduum vom 6. April an zu laufen beginnen solle, vorgeschlagen, daß unter diesen Umständen nur der Gütetermin als anticipirt angesehen werden möge, sowie daß hiergegen von den Parteien ein Widerspruch nicht erhoben, von ihm aber beim Vorlesen des Protokolls die fragliche Correctur vorgenommen worden sei. Allein da darüber keine Gewißheit in den Acten vorliegt, daß der Sachwalter des Beklagten auch wirklich in jenen Vorschlag des Protokollanten gewilligt habe, sowie daß die Registratur bei deren Vorlesen bereits corrigirt gewesen und daher auch nur in der Fassung, daß nur eine Anticipation des Gütetermins stattgefunden habe, vorgelesen worden sei, indem Actuar M. selbst nur bemerkt, er habe das Protokoll bei dessen Vorlesen corrigirt, so läßt sich auf das, was in nurerwähnter Auslassung anscheinend gegen den Widerbeklagten spricht, kein weiteres Gewicht legen, vielmehr ist auch nach den Angaben des Amtsbeisitzers und des Protokollführers davon auszugehen, daß die Absicht der Parteien bei ihrem Erscheinen am 5. April dahin gegangen sei, den auf den nächsten Tag angesetzten Termin im Allgemeinen zu anticipiren und daß auch in dessen Gemäßheit die Verhandlungen gepflogen wurden, während dafür, daß späterhin von dieser ursprünglichen Absicht abgewichen und eine Vereinigung dahin, daß nur der Gütetermin für anticipirt gelten solle, getroffen worden sei, ein ausreichender Anhalt in den Acten nicht vorliegt."

Gegen dieses Erkenntniß appellirte Kläger; es bestätigte jedoch das K. Oberappellationsgericht unterm 29. Juli 1853 die Entscheidung zweiter Instanz mittelst folgenden Erkenntnisses:

„Daß vorgedachtes Urthel aus den demselben Bl. — ff. beigegebenen Gründen, welchen allenthalben beizupflichten gewesen, und denen durch das Bl. — ff. von Widerklägerm dagegen Vorgebrachte um so weniger Eintrag geschehen konnte, je mehr letzteres theils offenbar ganz unerheblich, theils auf factische Voraussetzungen basirt sich darstellt, in Betreff welcher die zu Begründung eines Contumacialerkenntnisses gegen Widerbeklagten erforderliche Gewißheit in den Acten vermißt wird, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, es werden aber in Hinsicht auf den in den vorigen Instanzen stattgefundenen Wechsel der Entscheidungen die durch das gebrauchte Rechtsmittel erwachsenen Kosten gegenseitig unter den Parteien compensirt."

---

## 82.

**I.** Die Ehegerichte sind zu Aussetzung von Alimenten für die Ehefrau und deren Kinder nach Beendigung des Eheprocesses nicht competent. — **II.** Die Ehefrauen, welche während des Eheprocesses einen Antrag auf Zubilligung von Alimenten nicht gestellt haben, sind in der Regel nicht berechtigt, diesen Anspruch nach Beendigung des Processes nachträglich geltend zu machen. — **III.** Hat eine Ehefrau einen Antrag auf Alimente zwar rechtzeitig gestellt, ist derselbe aber in dem Erkenntnisse unberücksichtigt geblieben, so steht ihr insoweit Rechtskraft entgegen.

Mitgetheilt von

Herrn Fl. in L.

Nach Beendigung des zwischen Johannen Friederiken W. als Klägerin und Karl August W. als Beklagtem vor dem Königl. Appellationsgerichte zu Leipzig anhängig gewesenen Eheprocesses beantragte Klägerin unter Bezugnahme auf die in dem

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Neue Folge, Jahrg. 1854. S. 57 flg.

dargelegten Grundsätze und unter dem demgemäßen Anführen, daß die Gewährung von Alimenten während der Dauer des Eheprocesses als ein Nebenpunkt zu betrachten, und hiernach ohne Rücksicht auf die Beendigung desselben noch nachträglich auszusprechen sei, Aussetzung angemessener Alimente auf die Zeit des anhängig gewesenen Eheprocesses und demgemäße Verfügung an den Beklagten.

Das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig beschied jedoch unter dem 18. Februar 1854 die Antragstellerin abfällig aus folgenden Gründen:

„Die Ermächtigung des Appellationsgerichts, als Ehegericht, einer Ehefrau Alimente zuzugestehen, beruht einzig und allein auf der wirklichen Anhän-

gigkeit eines Eheprocesses; sie wird bedingt durch eine Cognition über die einschlagenden Personal- und Sachverhältnisse, sie hat zum Zwecke, für die Dauer des Eheprocesses einen interimistischen Zustand zwischen den streitenden Parteien herbeizuführen, zu dessen Verwirklichung der Ehefrau ein von dem Ehemanne gesondertes Leben zu führen gestattet, der Ehemann selbiger die nöthigen Kleider, Wäsche und Betten zu verabfolgen, und ein angemessenes wöchentliches Sustentationsquantum zu verabreichen angewiesen wird;

Wochenblatt ꝛc. Jahrg. 1847. No. 33.

sie endet mit dem Aufhören des Eheprocesses.

Es ist daher dieser Gegenstand vorzugsweise auf ehepolizeiliche Erwägungen zurückzuführen, und bildet nicht einen wesentlichen Bestandtheil, sondern lediglich einen Incidentpunkt des Eheprocesses; er setzt einen in dem Laufe des Processes ausdrücklich formulirten Antrag voraus, und gelangt auch dann nur für die dem Beschlusse folgende Zeitdauer des Eheprocesses, nicht rückwärts auf die früher schon bestandene factische Trennung, in Betracht, und wo ein Antrag nicht gestellt worden ist, muß nothwendig angenommen werden, daß die Ehefrau das Bedürfniß eines gesonderten Lebens und der Aussetzung von Alimenten nicht gehabt habe. Es folgt hieraus von selbst, daß ein allererst nach eingetretener gänzlicher Trennung der Ehe angebrachtes Suchen als ein verspätetes angesehen werden muß, weil mit der Cognition in der Hauptsache unstreitig auch die Cognition über die Nebenpunkte aufgehört hat, von einem Interimisticum nicht mehr die Rede sein kann, und die Rechtsgründe, auf welche ein Antrag auf Gewährung einer Entschädigung für den bestrittenen Unterhalt während der factischen, von dem Ehegerichte nicht ausgesprochenen Sonderung der Eheleute gestützt werden mag, völlig verschieden von den Rücksichten sind, welche bei dem tempestiv gestellten Antrage das Ehegericht zu nehmen hat. Nun ist aber der in Frage befangene Eheproceß bereits am 28. December vor. J. durch Leistung des rechtskräftig erkannten Eides zu seiner Endschaft gelangt, und ist daher der Klägerin lediglich zu überlassen, ihre Ansprüche an den Ehemann, soweit sie mit solchen fortzukommen sich getraut, durch förmliche Klage bei dem ordentlichen Unterrichter zu verfolgen."

Auf hiergegen eingewendete Berufung, in welcher Klägerin auch auf die in dem

Wochenblatte ꝛc. Jahrg. 1847. S. 318 flg. und Jahrg. 1845. S. 15.

zur öffentlichen Kenntniß gebrachten Vorgänge, sowie darauf sich bezog, daß der Antrag auf Gestattung des gesonderten Lebens und Aussetzung von Alimenten in der erhobenen Klage gestellt, in dem Erkenntnisse aber unberücksichtigt geblieben sei, daß ihr also auch die res judicata nicht entgegengehalten werden könne, bestätigte das Königl. Oberappellationsgericht unter dem 11. Mai 1854 jene abfällige Bescheidung, und sprach sich dahin aus:

„Obwohl Man mit den ausführlich ertheilten Gründen voriger Instanz im Hauptwerke einverstanden ist, so entspricht es doch der Wichtigkeit der einschlagenden Frage, dieselbe noch etwas näher zu beleuchten und möglichen Zweifeln gegen die zum Grunde gelegte Rechtsansicht zu begegnen.

Daß die zur Competenz der Ehegerichte gehörige Aussetzung von Alimenten für die Ehefrau und deren Kinder während des Ehestreites nur aus dem Gesichtspunkte eines Interimisticums zu betrachten sei, geht schon aus den Motiven zu §. 64. des Gesetzes sub C., die privilegirten Gerichtsstände betr., vom 28. Januar 1835 hervor.

Landtagsacten von 1833/34. Abth. I. Bd. I. S. 606.

Dies liegt auch in der Natur der Sache. Denn die Ehefrau und die Kinder müssen während des Eheprocesses leben, und die Ehegerichte können allein richtig beurtheilen, ob ungeachtet der Störung der ehelichen Verhältnisse, welche mit demselben verbunden ist, die gesetzliche Pflicht des Ehemannes, den Seinigen den Lebensunterhalt zu reichen, fortdauere, oder z. B. wegen eigenmächtiger und rechtswidriger Trennung der Ehefrau, eine Ausnahme leide. Ist es aber nur ein Interimisticum, so kann der Zweck desselben auch blos dieser sein, einen Zustand festzustellen, wie er während der Dauer des Eheprocesses stattfinden soll. Ein Interimisticum rückwärts, für die Vergangenheit, läßt sich nicht denken. Daher kann nach beendigtem Eheprocesse auch nicht mehr von Aussetzung von Alimenten, als solchen, zu Erreichung des Zwecks der Ernährung, sondern nur von der Restitutionsverbindlichkeit hinsichtlich der aufgewandten und verlegten Alimente die Rede sein. Ueber letztere kann zwar, als Nebenpunkt, von einem Ehegerichte mit entschieden werden, jedoch nur, so lange der Eheproceß dauert, und nur in gewissen Ausnahmefällen.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 4. S. 117 flg.

In den Bl. —*) aus dem Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle citirten Entscheidungen, welchen auch die in vorbenannter Zeitschrift, Bd. 5. S. 467. angeführte hinzugefügt werden könnte, ist nur so viel

*) Es sind dies die oben angezogenen Belegstellen.
Anmerkung des Einsenders.

ausgesprochen, daß die Civilgerichte nicht competent seien, für die Dauer des Ehestreites Alimente zuzuerkennen, weil hierbei eherechtliche Fragen einschlagen, über welche allein Ehegerichte entscheiden können. Allein hieraus folgt noch nicht als nothwendiger Gegensatz, daß die Competenz der letzteren, in dieser Beziehung, nach gänzlich beendigtem Ehestreite noch fortdauere. Vielmehr ist auch ein Drittes möglich, nämlich daß in diesem Falle die Nachforderung der gesetzlichen Alimente überhaupt nicht mehr stattfinde. Und dieses erscheint auch vollkommen gerechtfertigt. Denn wenn die Ehefrau im Laufe des Eheprocesses Anträge auf Zuerkennung von Unterhaltsgeldern gerichtet hat, diese aber rechtskräftig übergangen worden sind, so steht ihr die Rechtskraft entgegen. Hat sie aber gar nicht darauf angetragen, so ist anzunehmen, daß sie darauf verzichtet habe, indem sie das einzige Mittel, sich dieses Vortheiles zu versichern, nämlich die eherichterliche Hülfe, zu diesem Zwecke nicht in Anspruch genommen hat. Es lassen sich auch, ohne daß irgend eine Liberalität zum Grunde liegt, dafür verschiedene thatsächliche Veranlassungen denken, wie z. B. wenn die Ehefrau von dem Ertrage ihres Receptitienvermögens oder ihrer Arbeit sich zu ernähren vermag, oder wenn sie von dritten Personen unterstützt wird, oder wenn sie mit ihrem Ehemanne ein Privatabkommen darüber getroffen hat. In dem letzteren Falle, oder wenn sie sonst den Alimentationsanspruch auf einen besonderen Rechtstitel gründet, kann sie bei dem Civilrichter daraus Klage erheben.

Mit dieser Ansicht steht auch die Bestimmung in der Verordnung vom 5. August 1847. (G.- u. V.-Bl. v. J. 1847. S. 133.) keineswegs im Widerspruch. Denn diese Verordnung handelt, wie sich aus ihrem Zusammenhange und aus dem derselben vorausgegangenen Vortrage des Oberappellationsgerichts ergiebt, nur von künftigen Alimenten, auf die Zeit, wo, nach erfolglos angewandtem Zwangsverfahren, keine Scheidung vom Bande eintritt, sondern der unschuldige Theil sich die Fortdauer der factischen Trennung von Tisch und Bett gefallen läßt. Desto mehr spricht aber diese Verordnung dafür, daß die Competenz der Ehegerichte nach beendigtem Ehestreite aufhört. Denn nur darüber waren Zweifel entstanden, wann dieser für völlig beendigt anzusehen sei. Und dies wurde für den angegebenen Fall verneint, weil, wenn auch der Proceß formell einstweilen nicht fortgestellt wird, doch die Eheirrung noch fortdauert, so lange nicht entweder rechtskräftige Scheidung vom Bande, oder wirkliche und aufrichtige Wiedervereinigung der Ehegatten erfolgt ist.

In dem vorliegenden Falle ist die zwischen den Parteien bestehende Ehe durch gänzliche Scheidung getrennt, und es erscheint daher unstatthaft, die Zuständigkeit des Ehegerichts gleichsam von Neuem wieder aufzuziehen, um einen Punkt nachzuholen, welcher während der Dauer des Eheprocesses zur Erledigung zu bringen gewesen wäre. Doch sind, weil die Sache nicht zweifellos ist, die Unkosten des Rechtsmittels zu compensiren gewesen."

---

In meinem Verlage ist so eben erschienen und in allen sächsischen Buchhandlungen vorräthig:

**Alphabetische**

# Sportel- und Stempeltaxe

## für das Königreich Sachsen.

Für Gerichts- und Verwaltungsbehörden, Ephoren, Advocaten, Notarien, Gerichtsärzte ꝛc., mit Auszügen aus dem Sportelregulative vom 3. December 1827, sowie mit Erläuterungen und Entscheidungen hoher Behörden versehen, nebst einem Anhange, die allgemeine Sporteltaxe für das Ober-Appellationsgericht, die Bezirksappellationsgerichte und einige andere Mittelbehörden enthaltend,

von **August Hincke.**

**Dritte, vermehrte und verbesserte Auflage,**

herausgegeben von Arno Liebster, Advocat in Leipzig.

gr. 8. brosch. Preis: 28 Ngr.

Leipzig, 24. Juli 1854.

**Bernhard Tauchnitz.**

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem pränumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 40.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 83.

In der Genehmigung des Ehemannes zur Taufe des von seiner Ehefrau, ihrer Behauptung nach, im Ehebruch erzeugten Kindes auf seinen Namen liegt kein thatsächliches Anerkenntniß der Paternität und wird durch diesen Umstand der Alimentationsanspruch des Kindes gegen den als eigentlichen Erzeuger bezeichneten Dritten keineswegs ausgeschlossen. — Es steht in diesem Falle der Mutter des Kindes ein Klagrecht gegen den Schwängerer nicht zu.

Mitgetheilt von
Herrn S—r in B.

Die verehelichte H. in K. hat in ihrer gegen den Bauergutsbesitzer und Zimmermeister W. in E. im October 1852 bei dem Landgericht zu Z. erhobenen Klage angeführt: daß ihr Ehemann seit dem Sommer des Jahres 1848 und mindestens seit dem Monat August 1848 bis Ende 1849 mit ihr fleischlichen Umgang nicht gepflogen, weil er in dieser ganzen Zeit an heftigen Hämorrhoidalbeschwerden gelitten und bei dieser Krankheit der Arzt ihm geschlechtlichen Umgang verboten gehabt, daß dagegen Beklagter in dieser Zeit, und zwar am 1. December 1848, den Beischlaf mit ihr vollzogen habe, in Folge dessen sie schwanger geworden und am 2. September 1849 von einem Knaben entbunden worden sei, welcher auf Bitten der Klägerin gegen ihren Ehemann, um nicht Spectakel zu machen, bei der Taufe den Namen des Letzteren erhalten habe.

Klägerin bat schlüßlich, dahin zu entscheiden:

„daß Beklagter das mit der Klägerin erzeugte Kind, dessen Alimentation auf die vergangene Zeit sie verlagsweise bestritten, vom 2. September 1849 an bis zum erfüllten 14ten Lebensjahr desselben mit jährlich 20 Thalern zu alimentiren, auch eintretenden Falles die Begräbnißkosten zu bezahlen und alle Kosten dieses Processes ab- und zu erstatten schuldig sei,"

und trug dem Beklagten über den Inhalt der Klage den Eid an.

Beklagter leugnete den Grund der Klage und führte ausflucht sweise namentlich Folgendes an:

Die von der Klägerin erhobene Klage müsse als eine unzulässige, eine actio reprobata, schlechterdings abgewiesen werden, weil sie gegen gesetzliche Bestimmungen und contra bonos mores sei.

Gegen gesetzliche Bestimmungen sei sie insofern, als l. 5. de in jus voc. (2. 4.) bestimmt ist: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant; auch sage Ulpianus in l. 6. de his, qui sui vel alieni juris sunt (1. 6.), daß derjenige, welcher mit seiner Ehefrau beständig (assidue) zusammen wohnt, die Kinder, welche letztere gebärt, als die seinigen anerkennen müsse. Klägerin habe nun aber mit ihrem Ehemanne seit mehr denn 9 Jahren ununterbrochen zusammen gewohnt und geschlafen, daher auch dieser der Vater aller von der Klägerin während der Ehe geborenen Kinder sei und solche zu ernähren habe. Die gesetzliche Präsumtion: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, stehe der Klage einer Ehefrau, in welcher sie für ihr angeblich ehebrecherisches Kind Alimente von einem Dritten verlange, so lange rechtlich entgegen, bis nachgewiesen worden, daß die Erzeugung des Kindes durch den Ehemann unmöglich gewesen sei.

vgl. von Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen, 2te Ausgabe, Thl. 1. S. 406. sub 2.

Archiv für die civ. Praxis, Bd. 3. S. 448.

Contra bonos mores aber sei die Klage, weil die Klägerin propriam turpitudinem behaupte und bekenne, und sie ihr in der Ehe gebornes Kind um seine Familienrechte und um seine öffentliche Ehre bringen wolle; das Anführen derselben könne aber um so weniger eine Beachtung finden, weil nach Inhalt der Klage der Ehemann der Klägerin das Kind bei der Taufe als ein von ihm mit der Klägerin in der Ehe erzeugtes anerkannt habe und dasselbe auf den Namen des Ehemannes der Klägerin getauft worden sei, Letzterer also keinen Zweifel gehabt, daß dieses Kind das seinige sei.

Den über den Inhalt der Klage angetragenen Eid hat Beklagter, soweit dieser Eidesantrag sich auf den angeblichen Beischlaf des Beklagten mit der Klägerin bezieht, angenommen, im Uebrigen aber der Klägerin zurückgegeben.

Nach abgesetztem Verfahren ertheilte die Behörde erster Instanz folgenden, am 5. Februar 1853 publicirten Bescheid:

ꝛc. „Weil Klägerin selbst zugegeben hat, daß das angeblich mit dem Beklagten außerehelich erzeugte Kind mit Zustimmung ihres, der Klägerin, Ehemannes auf des Letzteren Namen getauft worden sei, nun aber in der Genehmigung der Taufe und des Eintrages des Kindes, als eines ehelichen, in das Kirchenbuch ein thatsächliches Anerkenntniß der Vaterschaft Seiten des Ehemannes gefunden werden muß, zu Folge dessen Letzterer zur Alimentation des Kindes verpflichtet worden ist, indem eine solche von dem Ehemanne abgegebene Erklärung Gewißheit über die eheliche Geburt des Kindes herstellt,

cfr. Novella CXVII. c. 2.

Kaucher, im Archiv für die civ. Praxis, Bd. 3. S. 448.

und dem Kinde die hierdurch erworbenen Rechte nicht entzogen werden dürfen, selbst wenn die Ehefrau behauptet, daß das Kind nicht von dem Ehemanne, sondern von einem Dritten im Ehebruche mit ihr erzeugt worden sei,

cfr. fr. 29. §. 1. D. de probat. (22. 3.)

ebensowenig die Klägerin zu dem Nachweise, daß sie während der Conceptionszeit mit dem Ehemanne ehelichen Umgang nicht gepflogen habe, gelassen werden kann, da dieser Beweis nur dann gestattet ist, wenn unter Anwendung der Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, aus dem bloßen Zusammenleben auf die eheliche Beiwohnung geschlossen wird,

cfr. l. 6. D. de his, qui sui vel alieni juris. (1. 6.)

nun aber es dieser Präsumtion bei Lösung der Frage über die Paternität eines in der Ehe erzeugten Kindes nicht bedarf, wenn das Letztere von dem Ehemanne selbst ausdrücklich als das seinige anerkannt worden ist, da durch diese Erklärung die quaestio status des Kindes nicht nur zwischen dem Vater und dem Kinde, sondern auch gegen dritte Personen vollständig entschieden, die Ungewißheit der factischen Paternität zwischen dem Adulter und dem Ehemanne gehoben und das Fundament für eine Alimentationsklage gegen den Adulter beseitigt wird, anerwogen der Grund der Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Erzeugers nach der richtigen Ansicht in einem zwischen ihm und dem unehelichen Kinde bestehenden persönlichen, dem der ehelichen Verwandtschaft analogen natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse dergestalt beruht, daß ebenso wie bei der ehelichen Verwandtschaft das Gesetz, so bei der außerehelichen die Doctrin, welche bei der vorliegenden Frage die hauptsächlichste Entscheidungsquelle abgiebt, die Liebespflicht in eine Zwangspflicht umgewandelt hat,

cfr. Heerwart, im Archiv für die civ. Praxis, Bd. 14. pag. 435 flg. Bd. 17. pag. 77.

von Vangerow, Leitfaden, Bd. 1. pag. 415.

unter außerehelichen Kindern aber nur solche, welche sich mit Erfolg auf eine eheliche Abstammung nicht beziehen können, oder wie fr. 23. D. de statu hominum (1. 5.) sagt: qui patrem demonstrare non possunt, zu verstehen sind, und auf sie allein die Grundsätze über die Alimentationsverbindlichkeit Seiten ihrer außerehelichen Erzeuger Anwendung leiden, da bei ihnen ein wirkliches Bedürfniß vorgelegen hat, für ihre Erhaltung, welche bei ehelichen Kindern deren Vater ausschließend obliegt, durch Beiziehung der außerehelichen Schwängerer Sorge zu tragen, endlich, wenn man selbst annehmen wollte, daß es dem Ehemanne der Klägerin gestattet sei, das mehrgedachte Anerkenntniß der Paternität anzufechten, dennoch das Klaganführen Bl. —, daß der Ehemann seine Genehmigung zu der Taufe des Kindes auf seinen Namen in Folge der Bitten der Klägerin, und um nicht Spectakel zu machen, gegeben habe, nicht einmal schlüssige Thatsachen enthält, aus welchen die Unverbindlichkeit des Geständnisses hervorgeht, ganz abgesehen davon, daß das gedachte Klaganführen für den Eidesantrag zu allgemein ist; so hat der Klägerin Suchen, inmaaßen es angebracht, nicht Statt, es werden jedoch die Proceßkosten, in Erwägung, daß eine nicht völlig zweifellose Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegen, zwischen den Parteien aufgehoben."

Gegen dieſen Beſcheid appellirten beide Theile, worauf das Königl. Appellationsgericht zu Budiſſin reformatoriſch dahin erkannte:

„Daß es bei dem nurerwähnten Beſcheide, mit Ausnahme der darin ausgeſprochenen Koſtenfeſtſtellung, als wobei es bewendet, nicht zu laſſen, ſondern derſelbe dahin abzuändern:

Würde Klägerin den über den 56ſten bis mit 61ſten Einlaſſungspunkt ihr vom Beklagten zurückgegebenen Eid in der Maaße:

daß ihr Ehemann in der Zeit vom 4. November 1848 bis zum 4. März 1849 ſich mit ihr fleiſchlich nicht vermiſcht habe,

ſchwören, ingleichen mittelſt kirchlichen Zeugniſſes annoch beibringen, daß ſie am 2. September 1849 von einem Knaben entbunden worden ſei, ſo iſt Beklagter zu Alimentirung dieſes Kindes vom 2. September 1850 an bis zu deſſen erfülltem 14ten Lebensjahr einen jährlichen Beitrag von zwanzig Thalern, und zwar, ſoviel die Vergangenheit betrifft, binnen 14 Tagen, für die Zukunft aber in vierteljähriger Vorausbezahlung, an die Klägerin zu entrichten, auch für den Fall, daß das Kind vor erfülltem vierzehnten Lebensjahre ſterben ſollte, die Begräbnißkoſten an dieſelbe zu bezahlen, nicht minder ihr die aufgelaufenen Proceßkoſten zu erſtatten ſchuldig, er könnte und würde denn den beim 42ſten bis mit 55ſten Einlaſſungspunkte ihm angetragenen und Bl. — von ihm angenommenen Eid dahin:

daß er am 1. December 1848 mit der Klägerin den Beiſchlaf nicht vollzogen habe,

ſchwören, ſolchenfalls iſt er von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, auch die Klägerin ihm die Koſten des Proceſſes zu erſtatten verbunden."

Dieſer Entſcheidung waren folgende Gründe unterlegt:

„In dem vorigen Beſcheide iſt die erhobene Klage hauptſächlich um deswillen in der angebrachten Maaße für unſtatthaft erachtet worden, weil durch das Bekenntniß in derſelben, daß das von der Klägerin angeblich mit dem Beklagten erzeugte Kind auf den Namen des Ehemannes derſelben getauft ſei, Gewißheit über die eheliche Geburt des Kindes hergeſtellt ſei und dem Letzteren die hierdurch erworbenen Rechte nicht wieder entzogen werden dürften, indem hierbei insbeſondere auf die Beſtimmung der Nov. 117. cap. 2. Bezug genommen worden iſt.

Nun wird in der angezogenen Novella cap. 2. nur ſoviel feſtgeſetzt, daß durch die Erklärung eines Ehemannes: das von ſeiner Ehefrau geborne Kind ſei das Seinige, das Kind jedes weiteren Beweiſes in Betreff ſeiner ehelichen Geburt überhoben ſei, wie dies die Worte:

„et nullam aliam probationem ab iis quaeri"

deutlich an die Hand geben. Es wird alſo hierdurch zunächſt zu Gunſten des Kindes eine Rechtsvermuthung — praesumtio juris — rückſichtlich ſeiner ehelichen Geburt begründet, jedoch keineswegs eine praesumtio juris et de jure, welche den Beweis des Gegentheils ausſchließen würde. Denn es bedarf keines weiteren Nachweiſes, daß durch die einſeitige Erklärung eines Dritten: ein Kind ſei das Seinige, dieſes Kind in ſeinen Rechten nicht beſchränkt werden könne, und daß dies geſchehen ſolle, iſt auch in der Novelle 117. cap. 2. nicht ausgeſprochen.

Geſetzt nun, das Kind könnte von dem, der ſich für den Vater deſſelben erklärt, und der auch wegen der zwiſchen ihm und der Mutter des Kindes beſtehenden Ehe die Präſumtion für ſich hat, die erforderlichen Alimente nicht erhalten, ſo würde daſſelbe, jener Erklärung ohnerachtet, nicht behindert ſein, ſeinen wirklichen Vater deshalb in Anſpruch zu nehmen. Allerdings würde ihm hierbei die Präſumtion: daß es in der Ehe erzeugt ſei, entgegenſtehen, und er würde daher zunächſt dieſe Präſumtion zu beſeitigen haben. Hierzu würde aber der Nachweis, daß der in Anſpruch genommene innerhalb der Conceptionsfriſt mit ſeiner Mutter den Beiſchlaf ausgeübt habe, noch keineswegs ausreichen, indem hierdurch die Möglichkeit, daß der Ehemann der Vater des von ſeiner Ehefrau gebornen Kindes ſei, nicht ausgeſchloſſen und daher jene Präſumtion nicht beſeitigt würde, vielmehr die allgemeine Regel: pater est, quem nuptiae demonstrant, in voller Wirkſamkeit bliebe.

Dieſe Letztere kann nur dadurch beſeitigt werden, wenn Gründe phyſiſcher Unmöglichkeit, daß das von der Ehefrau geborne Kind den Ehemann zum Vater habe, nachgewieſen worden. Solche Gründe phyſiſcher Unmöglichkeit ſind aber nicht blos darin zu erblicken, daß der Ehemann längere Zeit abweſend oder gänzlich zeugungsunfähig geweſen, ſondern ſie ſind auch dann vorhanden, wenn der Ehemann innerhalb des Zeitraums, wo die Conception rückſichtlich des in Frage ſtehenden Kindes überhaupt möglich geweſen, mit ſeiner Ehefrau den Beiſchlaf nicht ausgeübt hat, indem es dann phyſiſch unmöglich iſt, daß er der Vater jenes Kindes ſein könne. Daher ſagt auch Ulpian in l. 6. D. de his, qui sui vel alieni juris sunt (1. 6.):

„Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias

fuit, ut generare non posset, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse."

Nirgends aber ist vorgeschrieben, daß dann etwas Anderes stattfinden solle, wenn ein Ehemann das von seiner Ehefrau geborne Kind entweder ausdrücklich oder dadurch, daß er dasselbe auf seinen Namen taufen und in das Kirchenbuch eintragen läßt, für das Seinige anerkennt; im Gegentheil heißt es in l. 29. §. 1. D. de probationibus (XXII. 3.):

„Mulier gravida repudiata, filium enixa absente marito, ut spurium in actis professa est. Quaesitum est: an is in potestate patris sit, et, matre intestata mortua, jussu ejus hereditatem matris adire possit, nec obsit professio a matre irata facta? Respondit: veritati locum superfore",

woraus deutlich hervorgeht, daß es hierbei keineswegs auf die Erklärung der Ehegatten, sondern lediglich darauf ankommt, wer der wahre Vater des Kindes ist.

Die nämlichen Grundsätze müssen auch dann Anwendung finden, wenn die Mutter eines ihrer Behauptung nach nicht von ihrem Ehemanne erzeugten Kindes ihren angeblichen Schwängerer wegen Alimentirung dieses Kindes in rechtlichen Anspruch nimmt, da durch die Erklärung ihres Ehemannes, daß das Kind das seinige sei, in dem zwischen ihr und ihrem Schwängerer bestehenden Rechtsverhältnisse nichts hat geändert werden können, wie denn auch darin, daß in ihrem Einverständnisse das Kind auf den Namen ihres Ehemannes getauft und in das Kirchenbuch eingetragen worden, eine Verzicht auf die gegen ihren Schwängerer ihr zustehenden Rechte nicht gefunden werden kann. Dagegen steht ihr die Präsumtion der ehelichen Geburt des Kindes entgegen und es gehört daher die Beseitigung dieser Präsumtion zur rechtlichen Begründung der Klage, was indeß durch die der Klage inserirte Replik, daß sie in der Zeit vom 182sten bis mit dem 302ten Tage vor der Geburt des Kindes ihrem Ehemanne nicht ehelich beigewohnt habe, gar wohl geschehen kann.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 1. S. 92.

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1848. S. 101 flg.

Nun hat Klägerin in der Klage angeführt, daß ihr Ehemann seit dem August 1848 bis Ende 1849 sich mit ihr fleischlich nicht vermischt habe. Ist dies gegründet, und hat auch nur während des Zeitraums vom 4. November 1848 bis zum 4. März 1849, wo in Ansehung des am 2. September 1849 von der Klägerin gebornen Kindes die Conception überhaupt möglich gewesen, eine solche fleischliche Vermischung nicht stattgefunden hat, so ist es physisch unmöglich, daß der Ehemann der Klägerin der Vater jenes Kindes sein könne. Zur gehörigen Begründung der Klage ist es daher erforderlich, daß Klägerin, da sie hierüber des Eidesantrages sich bedient hat, den ihr von dem Beklagten zurückgegebenen, und in Betracht, daß er Thatsachen betrifft, für zulässig zu erachtenden Eid vor allen Dingen leiste, obwohl derselbe nur auf den zuletzt bemerkten, hier allein in Frage kommenden Zeitraum zu beschränken gewesen.

Dagegen ist für den Fall, daß Klägerin jenen Eid leistet, zugleich aber auch mittelst kirchlichen Zeugnisses annoch beibringt, daß sie am 2. September 1849 von einem Knaben entbunden worden, die Verurtheilung des Beklagten, welcher den wesentlichen Umstand, daß er am 1. December 1848 mit der Klägerin den Beischlaf vollzogen habe, ins Leugnen gestellt hat, von der Leistung des ihm hierüber angetragenen und von ihm angenommenen Eides abhängig zu machen gewesen.

Soviel aber den eventuell festgestellten Alimentenbeitrag anlangt, so hat man in Erwägung, daß Beklagter nach seinem Zugeständnisse ein Bauergutsbesitzer und Zimmermeister ist, das von der Klägerin in Antrag gebrachte Quantum von jährlich 20 Thalern um so mehr für angemessen zu erachten gehabt, als Beklagter gegen dieselbe Höhe keinen Einwand erhoben hat.

Wie daher dem Vorstehenden gemäß der vorige Bescheid abzuändern gewesen, so ist in Betreff des Einwandes, daß dem Kinde die durch die Erklärung des Ehemannes der Klägerin erlangten Rechte nicht entzogen werden könnten, nur noch zu bemerken, daß durch den vorliegenden Rechtsstreit nur das zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestehende Rechtsverhältniß festgestellt wird, durch die in diesem Processe gefällten Entscheidungen die Rechte des Kindes auf keine Weise betroffen werden, diesem vielmehr die rechtliche Präsumtion der ehelichen Geburt so lange zur Seite steht, bis ihm gegenüber etwas Anderes rechtlich ausgeführt worden."

Auf die von dem Beklagten gegen dieses Urthel ergriffene Berufung stellte das Königl. Oberappellationsgericht in dem unterm 23. Mai 1854 abgefaßten Erkenntnisse, mit Ausnahme der der Kosten voriger Instanz halber Erkannten, den Gerichtsbescheid wieder her und fügte dieser Entscheidung folgende Gründe bei:

„In der ersten Instanz hat man dem Rechtsbestande der Klage im Wesentlichen den Umstand als entgegenstehend betrachtet, daß, nach Angabe

der Klägerin selbst, deren Ehemann das von ihr am 2. September 1849 zur Welt gebrachte Kind auf seinen Namen habe taufen lassen, indem hierin ein thatsächliches, dem gedachten Kinde die Rechte eines ehelichen gebendes Anerkenntniß der Vaterschaft liege und mithin der Fall einer Ungewißheit der letzteren, zu deren Beseitigung die Klägerin den Nachweis liefern wolle, daß sie intra tempus conceptionis mit ihrem Ehemanne den Beischlaf nicht ausgeübt habe, gar nicht vorhanden sei. Wenn die zweite Instanz dieser Begründung der erfolgten Zurückweisung der erhobenen Klage in der angebrachten Maaße entgegengetreten ist, so hat man damit nur einverstanden sein können. Denn wird auch dadurch, daß ein Ehemann das von seiner Ehefrau während der Ehe zur Welt gebrachte Kind als das seinige hat taufen und in das Kirchenbuch eintragen lassen, der status des Kindes als eines ehelichen, diesem letzteren gegenüber, auf eine von dem Ehemanne der Mutter desselben nicht weiter angefochtene Weise festgestellt zu erachten sein, so kann doch nicht angenommen werden, daß ein solches Verhalten des Ehemannes, auch dem Dritten, von welchem behauptet wird, daß er der eigentliche Erzeuger des Kindes sei, als ein Zugeständniß, daß während des gesetzlichen Nativitätstermins zwischen der Mutter des Kindes und deren Ehemanne ein concubitus stattgefunden habe, oder als ein Anerkenntniß der Vaterschaft, oder als eine Verzichtleistung auf die gegen ihn zu erhebenden Alimentationsansprüche zu Statten kommen könne. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn jener Dritte bei der entweder ausdrücklichen oder stillschweigenden Gestattung des Ehemannes, das Kind auf seinen Namen zu taufen und in das Kirchenbuch einzutragen, in der Maaße concurrirt hätte, daß sich dasselbe als ein zwischen ihm und dem Ehemanne verhandeltes Rechtsgeschäft betrachten ließe, da bekanntlich auf Zugeständnisse, Anerkenntnisse und Verzichtleistungen in der Regel nur derjenige mit rechtlicher Wirkung sich beziehen kann, dem gegenüber sie stattgefunden haben. Zudem lassen sich dafür, wenn ein Ehemann der Taufe des von seiner Ehefrau gebornen Kindes auf seinen Namen nicht widerspricht, oder dasselbe ausdrücklich gestattet, ganz andere Motiven denken, als die, damit die eheliche Beiwohnung während der gesetzlich angenommenen Conceptionszeit zuzugestehen, oder auf Ansprüche an den eigentlichen Schwängerer der Frau zu verzichten, daher auch darin an sich weder ein gesetzliches Zugeständniß, noch eine Verzichtleistung gefunden werden könnte; und ganz das nämliche gilt auch von der Ehefrau selbst, wenn diese die Taufe des Kindes auf ihres Ehemannes Namen hat geschehen lassen oder selbst veranlaßt hat.

Der Anspruch auf Alimentation eines von einer Ehefrau gebornen Kindes gegen den als dessen eigentlichen Erzeuger bezeichneten Dritten wird demnach durch den Umstand allein, daß der Ehemann solches auf seinen Namen hat taufen lassen, noch keineswegs ausgeschlossen, vielmehr wird ersterer, insofern nachgewiesen wird, daß der Ehemann während der Zeit zwischen dem 182sten und 302ten Tage vor der Geburt des Kindes mit seiner Ehefrau den Beischlaf nicht ausgeübt, sich seiner Alimentationsverpflichtung gegen jeden andern außerehelichen Schwängerer an und für sich nicht entziehen können, sobald er einräumen mußte, innerhalb der betreffenden Zeit mit der Mutter des Kindes fleischlichen Umgang gepflogen zu haben. Hat man dennoch die vorliegende Klage als in der angebrachten Maaße unstatthaft zurückgewiesen, so beruht der Grund davon in der Erwägung, daß gegenwärtig nicht der Ehemann der Mutter des Kindes, sondern Letztere selbst mit Ansprüchen auf Alimentation hervorgetreten ist. Es ist in der Klage nichts angeführt, woraus abzunehmen wäre, daß Klägerin ein rechtliches Interesse habe, Alimente für ihr Kind von dem Beklagten zu beanspruchen. Präsumtiv ist in Folge des stattfindenden ehelichen Verhältnisses, daß das Kind von der Klägerin Ehemanne zeither unterhalten worden ist und auch für die Zukunft die Mittel dazu von demselben gewährt werden; auch hat Klägerin weder behauptet, noch kann sie mit Bestand Rechtens behaupten, daß ihr Ehemann die Alimentation des Kindes verweigern könne, da denselben an sich, dafern man das Verhältniß zum Kinde und zur Klägerin im Auge hat, dazu eben die von ihr selbst angeführte Thatsache, daß er das Kind auf seinen Namen hat taufen und in das Kirchenbuch eintragen lassen, verpflichtet. Demnach ist ein Klagrecht der Klägerin, welche ebensowenig wie ihr Kind dadurch, daß der Beklagte seiner Verpflichtung als Erzeuger des Kindes zeither sich entzogen hat und solche überhaupt nicht anerkennen will, einen Nachtheil erleiden würde, nicht erkennbar, vielmehr würde, wie dermalen die Sache vorliegt, lediglich dem Ehemanne ein solches zustehen, wenn es in Wahrheit beruhen sollte, daß nicht er, sondern der Beklagte der eigentliche Erzeuger des Kindes sei, indem die Verwendung für die eigentlich dem Beklagten obliegende Ernährung des fraglichen Kindes präsumtiv aus seinen Mitteln gemacht worden und künftig zu machen sein werden, solchenfalls aber er als negotiorum gestor des Beklagten anzusehen und allerdings berechtigt sein würde, von Letzterem Schadloshaltung

innerhalb der durch das Mandat vom 12. November 1828 gezogenen Grenzen zu fordern.

Der Umstand, daß der Ehemann der Klägerin die Bl. — von dieser ihrem Sachwalter ausgestellte Vollmacht mit unterschrieben hat, hat an dem Gesichtspunkte nichts ändern und nicht als ein Moment angesehen werden können, wodurch das dominium litis auf den Ehemann übergegangen wäre und letzterer sich als Kläger constituirt hätte.

Bei der in erster Instanz erkannten Compensation der Proceßkosten hat man es bei der nicht völlig zweifellosen Beschaffenheit der Sache bewenden zu lassen für angemessen erachtet, und bedarf auch die Aufhebung der Kosten jetziger Appellation in Hinsicht auf den stattgefundenen Wechsel der Entscheidung keiner besonderen Rechtfertigung."

---

## 84.

### Zu §. 4. ad tit. 41. der Erl. Proceßordnung, den Eidesantrag an den Concursvertreter betr.

Mitgetheilt von
Herrn R. in D.

In dem Concurse zu dem Vermögen der verehel. C. und verw. D. liquidirte C. ein Capital von 7000 Thalern, unter Bezugnahme auf gerichtliche Urkunden. Der Concursvertreter stellte ihm die Ausflucht des Wuchers entgegen, behauptend, es wären gegen 1200 Thaler weniger bezahlt, als verschrieben worden. Im Locationsurthel ward dem Concursvertreter der Beweis dieser Ausflucht nachgelassen, mit Hinzufügung der gewöhnlichen Clausel: „Klägerm der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich."

Nachdem der Concursvertreter seinen Beweis eingereicht und der Kläger zu Einreichung des Gegenbeweises Dilationen erlangt hatte, die Abnahme des offerirten Dilationseides — (der solennitas legalis) — bis zum Reproductionstermine ausgesetzt worden, auch hierauf der fast nur auf Eid gestellte Gegenbeweis eingegangen war, beraumte das Gericht einen Reproductionstermin an und inserirte der Ladung an den Kläger das Injunct an den Sachwalter, im Termine den Eid zu leisten, unter der Verwarnung, daß sonst der Gegenbeweis für versäumt gehalten werden würde. Im Termine erschien zwar der Sachwalter des Klägers, leistete jedoch den Eid nicht. Das Protokoll giebt keine Auskunft darüber, ob das Gericht selbst an diesen Punkt gedacht habe. Der Concursvertreter widersprach im Reproductionsverfahren der Statthaftigkeit des Eidesantrages und referirte nur eventuell den Eid; dahin, daß der Gegenbeweis wegen unterbliebener Leistung der Legalsolennität für versäumt zu achten sei, richtete der Reproduct keine Einwendung und ließ sich, ohne diesfallsigen Vorbehalt, auf die Artikel ein.

Der am 31. Januar 1853 ertheilte Gerichtsbescheid erklärte den Gegenbeweis für versäumt, weil der Sachwalter des Klägers den Dilationseid nicht geleistet habe. Die Seiten des Concursvertreters factisch geschehene Verzichtleistung hielt das Proceßgericht für einflußlos, weil derselbe ohne Genehmigung der Gläubiger oder des Gerichts dem Concurse nichts vergeben könne; mit Bezugnahme auf §. 5. des Bang.-Mandats von 1766. — Ackermann, Rechtssätze, n. F. II. 237. — Kritz, Rechtsfälle, V. 78. — Gottschalk, disc. for., II. c. 16.

Auf die dawider ergriffene Berufung des Klägers erkannte das Appellationsgericht zu Dresden (publ. am 13. Juli 1853) reformatorisch auf anderweite Vorladung des Klägers zu Leistung des Dilationseides, erklärte jedoch den bei dem Gegenbeweise gebrauchten Eidesantrag für unstatthaft. In den Gründen ward bemerkt: zwar sei der Richter befugt, zu Leistung des Dilationseides sub praejudio vorzuladen, und auf diesen Fall beziehe sich die in Biener, syst. proc., §. 126. not. 6. geäußerte Ansicht nicht; doch hier sei der Ungehorsam verziehen, da sich der Reproduct einwandlos auf den Gegenbeweis eingelassen hätte; dagegen sei der Eidesantrag für unstatthaft zu erklären gewesen, da nach der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 41. §. 4. dem Concursvertreter über Handlungen, von denen er keine Wissenschaft haben könne, der Eid nicht angetragen werden dürfe und hier die auf Eid gestellten Artikel keine solchen Thatsachen oder Handlungen beträfen, an denen der curator litis Theil genommen hätte; der im Locationsurthel enthaltene allgemeine Vorbehalt des Eidesantrages für beide Parteien stehe dem nicht entgegen, da rechtliche Erkenntnisse im Zweifel so auszulegen wären, wie sie mit den Gesetzen harmonirten. Für die Ansicht wegen Unstatthaftigkeit des Eidesantrages an den curator litis ward noch verwiesen auf Griebner's Discurs, S. 376. — Hommel, obs. 538. — Leyser, spec. 491. med. 10. 11. — Biener, syst. proc., §. 100. not. 5. und §. 302. — Kori, Concursproceß, Th. I. §. 110. — Gottschalk, disc. II. c. 24. not. u. pag. 313.

Der curator litis beruhigte sich hierbei; nur der Kläger appellirte und deutete zuvörderst darauf hin, daß die Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 41. §. 4. den Gläubigern nur untersagte, sich bei ihrer Anmeldung zur Bescheinigung der Forderungen des Eidesantrages

zu bedienen, daß jedoch hier, wo der Concursvertreter einen selbstständigen Anspruch durch Ausflucht geltend mache und der Kläger sich dagegen zu vertheidigen habe, ein ganz anderes Verhältniß einträte und die Ansicht, nach welcher dem curator bonorum der Eid angetragen werden könne, analoge Anwendung fände. Nächstdem provocirte er aber noch besonders auf die Rechtskraft des in dem Interlocute unbedingt ausgesprochenen Vorbehaltes der Gewissensrührung für beide Theile.

Das Oberappellationsgericht (am 16. Mai 1854) erkannte reformatorisch dahin: „daß es bei dem gedachten Urthel, soweit darin der bei mehrern Gegenbeweisartikeln gebrauchte Eidesantrag für unstatthaft erklärt wird, nicht zu lassen, sondern es bleibe die Entscheidung sowohl über die Zulässigkeit des Eidesantrages, als über die Nothwendigkeit einer Eidesleistung über die auf den Eid gestellten Gegenbeweisartikel bis zu dem künftigen Definitiverkenntnisse mit ausgesetzt." Die hierzu ertheilten Entscheidungsgründe lauten:

„Die Vorschrift der Erl. Proc.-Ordn. (ad tit. 41. §. 4.), nach welcher es den bei dem Concurse liquidirenden Gläubigern nicht gestattet sein soll, dem Concursvertreter den Eid anzutragen, ist mit den die Bescheinigung der von den Gläubigern angemeldeten Forderungen betreffenden Bestimmungen verbunden, und es kann daher wohl die Frage erhoben werden, ob nicht diese, ohnehin als eine die Mittel zur Rechtsverfolgung verkürzende Ausnahme von der Regel, nicht extensiv anzuwendende Specialvorschrift blos auf den Fall, wo der Gläubiger die angemeldete Forderung bescheinigen will, zu beziehen sein möchte, zumal da dem Gläubiger dabei als einiger Ersatz für die Entziehung dieses Beweismittels die Aussicht gegeben wird, ohne so starken Beweis, wie er sonst dazu nöthig, zu einer von ihm zu leistenden eidlichen Bestärkung gelassen zu werden. Auch hat sich dafür, daß eine Eidesleistung des Concursvertreters nicht unbedingt ausgeschlossen sei, die Praxis insofern entschieden, als sie die Zurückgabe des von ihm angetragenen Eides für statthaft und ihn zu dessen Ableistung für verbunden hält.

Allein, so wie keiner der sächsischen Proceßlehrer dahin sich äußert, daß dem Gläubiger, wenn er wider den Beweis des Concursvertreters mit einem Gegenbeweise Gehör erhält, dabei der Gebrauch des Eidesantrages an sich zustehe, und so wie die Fassung der Gesetzworte: „daß den Gläubigern hinfüro schlechterdings nicht gestattet sein solle, dem curator litis den Eid anzutragen über Sachen, davon ihm ohnehin keine Wissenschaft beiwohnen könne", wegen ihrer Allgemeinheit auf alle Fälle, wo der Gläubiger den Eid anträgt, bezogen werden zu müssen scheint, so hat auch das Königl. Oberappellationsgericht (II. 111. am 25. August 1853, Heinze's und Melke's Concurs betr.) den Gebrauch des Eidesantrages bei dem von dem Gläubiger gegen den Beweis des Concursvertreters eingebrachten Gegenbeweise für unstatthaft erachtet, und deshalb bei dem Interlocute auf den Beweis einer von dem Concursvertreter vorgeschützten Ausflucht im Erkenntnisse selbst blos dem Concursvertreter den Eidesantrag vorbehalten, in den Gründen jedoch bemerkt, daß dadurch, wie es sich von selbst verstehe, dem Gläubiger das ihm vom Gesetze selbst ertheilte Recht, über solche Thatsachen, von denen der Concursvertreter eigne Wissenschaft habe, demselben den Eid anzutragen, nicht entzogen würde.

Dessen ungeachtet kann diese Ansicht im vorliegenden Falle aus einem formellen Grunde nicht zur Geltung gelangen. Das Locationsurthel fügt Bl. — dem Interlocute auf den Beweis der von dem Beklagten vorgeschützten Ausflucht des Wuchers bei: „dem Kläger der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung ꝛc. vorbehältlich," und es ist wider diesen Punkt keine Appellationsbeschwerde erhoben worden. Die vorige Instanz hält diesen unbeschränkten Vorbehalt des Eidesantrages im Interlocute auf Beweis nur um deswillen für einflußlos, weil richterliche Erkenntnisse im Zweifel stets so auszulegen wären, daß sie mit den Vorschriften der Gesetze im Einklange blieben, und weil man daher jenen Ausspruch nur so zu verstehen hätte, daß dem Kläger insoweit, als dies nach dem Gesetze gestattet, also nur in Bezug auf solche Handlungen, an denen der Concursvertreter selbst Theil genommen, der Eidesantrag nachgelassen sein solle.

So wenig man dem Rechtssatze an sich entgegentreten kann, so läßt sich doch der daraus abgeleiteten Folgerung und Anwendung auf den concreten Fall nicht beipflichten. Ein zweifelhaft gefaßtes Interlocut ist hier nicht auszulegen. Das Locationsurthel hat ganz bestimmt und unzweideutig dem Kläger ohne irgend eine Beschränkung den Eidesantrag für den Gegenbeweis nachgelassen. Hat man zu präsumiren, ein Richtercollegium werde das Gesetz nicht übersehen haben, und gegen dasselbe nicht haben entscheiden wollen, so folgt daraus, daß die Verfasser des Interlocutes die Vorschrift im §. 4. ad tit. 41. der Erl. Proc.-Ordn. in dem oben angedeuteten beschränkten Sinne ausgelegt und dieselbe blos auf den von dem Gläubiger zur Bescheinigung der von ihm angemeldeten Forderung gebrauchten Eidesantrag bezogen haben. Aber auch selbst dann, wenn man annähme, das Interlocut verstoße gegen eine

klare gesetzliche Vorschrift, würde immer dadurch an der Rechtskraft des Interlocutes nichts geändert werden, da die Frist zur Nichtigkeitsklage längst verflossen ist.

Obwohl daher auf die Appellation des Klägers die den Eidesantrag auf Grund der allegirten Gesetzesvorschrift für unstatthaft erklärende vorige Entscheidung aufzuheben war, so konnte doch auch dem mit der zweiten Beschwerde des Klägers verbundenen Antrage, den Eidesantrag allenthalben für zulässig zu erklären, nicht deferirt werden. Erst bei der Abfassung des Enderkenntnisses wird es sich mit Sicherheit übersehen lassen, ob der Inhalt der auf Eid gestellten Gegenbeweisartikel sich für den Eidesantrag durchaus eigne und ob die Anordnung einer Eidesleistung nöthig sein werde. Dieser zeither vom Oberappellationsgericht stets befolgten Ansicht gemäß mußte daher die diesfallsige Entscheidung dem künftigen Definitiverkenntnisse mit vorbehalten werden."

## 85.

### Grundsätze über Freisprechung von der Instanz.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. H. in M.

Hierüber sprach sich das Königl. Oberappellationsgericht in einem in Untersuchungssachen gegen Kreil zu L. am 24. April 1854 gesprochenen Erkenntnisse folgender Maaßen aus:

„Soll, wenn in einer Untersuchung der eigentliche Hergang der Sache nicht hat aufgeklärt werden können, keine völlige, sondern nur eine vorläufige Freisprechung Platz greifen, so müssen Verdachtsgründe vorhanden sein, welche die Annahme, daß der Angeklagte des ihm Beigemessenen sich schuldig gemacht habe, ungeachtet dessen, daß dafür kein rechtlicher Beweis zu erlangen gewesen ist, doch wenigstens dergestalt wahrscheinlich machen, daß man eher ihr, als der Annahme des Gegentheils den Vorzug einzuräumen sich bestimmt fühlen würde, wenn man auf ein bloßes Glauben und Dafürhalten hin diese Frage entscheiden wollte. Wo dagegen das durch die Untersuchung gewonnene Resultat dem erkennenden Richter nicht einmal für eine solche Wahrscheinlichkeit ein ausreichendes Anhalten gewährt, da kann der Umstand allein, daß der Angeschuldigte nicht jeden entfernt gegen ihn zeugenden Verdacht gänzlich beseitigt hat, seine Unschuld also nicht klar am Tage liegt, noch keineswegs ausreichend zur Fällung eines auf bloße Freisprechung von der Instanz gerichteten Erkenntnisses angesehen werden, sondern es ist ein solcher Angeschuldigter, zumal wenn er bis dahin unbescholten geblieben ist und ihm schon seiner Persönlichkeit nach ein Verbrechen, wie ihm beigemessen wird, füglich nicht zugetraut werden kann, eben so wie der, welcher jeden gegen ihn vorgebrachten Verdachtsgrund zu beseitigen und seine Schuldlosigkeit auf das Evidenteste nachzuweisen vermocht hat, völlig freizusprechen. Denn da ohnehin die absolutio ab instantia mehr eine auf Erzielung politischer Zwecke gerichtete, als dem Bedürfnisse der Criminalrechtspflege angepaßte Maaßregel ist, so wird es um so nöthiger, dieselbe in praxi so viel als möglich mit dem Grundsatze, welchen das Criminalrecht anzuerkennen hat: nämlich, daß im Staate jeder als juristisch schuldlos anzusehen ist, dem ein Verbrechen oder eine mit Strafe bedachte Fahrlässigkeit nicht nachgewiesen werden kann, in Einklang zu bringen. Sobald daher, den vorhandenen Verdachtsgründen nach, in dergleichen Fällen nicht einmal zu der moralischen Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten zu gelangen ist, so wird derjenige, welcher bei geringer Wahrscheinlichkeit für seine Schuld, schon seiner Persönlichkeit nach, nur einen, möglicherweise blos in zufälligen Umständen liegenden, entfernten, widrigen Anschein gegen sich hat, stets völlig freigesprochen werden müssen." ꝛc.

---

## Miscellen.

**Orden.** Se. Königl. Majestät haben zu genehmigen geruht, daß der Zollvereins-Bevollmächtigte in Magdeburg, Zoll- und Steuerdirector Albert von Zahn, den von des Königs von Preußen Majestät ihm verliehenen rothen Adler-Orden zweiter Classe annehme und trage.

Se. Majestät der König haben allergnädigst genehmigt, daß der Geheime Hofrath Dr. Heinrich Wilhelm Schulz das von Sr. K. K. Hoheit dem Großherzoge von Toskana ihm verliehene Ritterkreuz des St. Joseph-Ordens annehme und trage.

---

**Todesfälle.** Gestorben: am 12. Juni 1854 der Advocat Friedrich Wilhelm Hertel in Marienberg; am 22. Juni 1854 der Bürgermeister und Advocat Johann Friedrich Wilhelm Hartmann in Thum; am 14. Juli 1854 der Advocat Adolph Eduard Gerhard zu Leipzig.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Offizin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 41.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 86.

**Inwieweit muß der Inhaber eines herbergspflichtigen Grundstücks dem Herbergsberechtigten die Anschaffung und den Gebrauch eines eignen Hausschlüssels gestatten? Ist er gehalten, dem Herbergsberechtigten zu jeder dem Letztern beliebigen Zeit den Eingang in das herbergspflichtige Grundstück zu gewähren?**

Mitgetheilt von
Herrn Actuar **W.** in B.

Bei dem Patrimonialgericht zu G. überreichte Magdalene S. im November 1852 eine wider Johann S. gerichtete Klage folgenden Inhalts:

Laut des zwischen George S., als Verkäufern, und dem Beklagten Johann S., als Käufern, über die sub Cat. No. 15. zu G. gelegene Halbgartennahrung abgeschlossenen Kaufcontracts habe Beklagter seiner Schwester Magdalene S., der Klägerin, wenn sie nicht heirathe, in dem nurerwähnten Grundstücke die freie Herberge eingeräumt.

In Folge dieses Herbergsbefugnisses stehe der Klägerin das Recht zu, zu jeder Zeit Eintritt in die Auszugswohnung zu finden, und es sei deshalb der Beklagte als Auszugsverpflichteter verbunden, der Klägerin die zur Auszugswohnung führende Hausthüre, wenn dieselbe verschlossen worden, entweder zu jeder Zeit zu öffnen oder ihr zu verstatten, sich auf eigne Kosten einen Schlüssel zu jener Hausthüre anfertigen zu lassen.

Die Klägerin sei genöthigt, sich ihren Lebensunterhalt durch Tagearbeit zu erwerben und habe deshalb zuweilen erst in den spätern Abendstunden in ihre Auszugswohnung zurückkehren können, dann aber in der Regel die nach selbiger führende Hausthüre verschlossen gefunden und sich genöthigt gesehen, durch heftiges Pochen Einlaß zu ihrer Wohnung zu begehren. In diesen Fällen habe sich jedoch Beklagter wiederholt geweigert, der Klägerin die Hausthüre in den späten Abendstunden zu öffnen, vielmehr von ihr verlangt, daß sie vor Eintritt der Nachtzeit in ihre Auszugswohnung zurückkehre. Diesem Begehren zu entsprechen, sei jedoch der Klägerin wegen ihrer auswärtigen Beschäftigungen nicht immer möglich, und deshalb habe sie sich im Monat September 1852 veranlaßt gefunden, einen Schlosser zu beauftragen, ihr auf ihre eignen Kosten einen Schlüssel zu der nach ihrer Auszugswohnung führenden Hausthüre anzufertigen. Beklagter habe jedoch diesem die zum Zwecke der Anfertigung des bestellten Schlüssels beabsichtigte Abnahme des Hausthürschlosses verboten und gleichzeitig erklärt, daß die Klägerin kein Recht habe, einen eignen Hausschlüssel zu ihrer Auszugswohnung zu führen. Dieses Recht stehe ihr aber zu und sehe sie sich zu dessen Verfolgung genöthigt, Klage zu erheben.

Das Petitum der Letztern war darauf gerichtet, daß Beklagter verbunden sei, der Klägerin die Anschaffung eines Hausschlüssels zu der nach ihrer Auszugswohnung führenden Hausthüre auf ihre eignen Kosten zu gestatten und ihr die verursachten Proceßkosten zu restituiren.

Der Beklagte räumte ein, daß die Klägerin an sich zufolge des angezogenen Kaufs das Herbergsrecht in dem von ihm erkauften Grundstücke erworben

habe, verneinte aber, gehalten zu sein, deshalb der Klägerin zu jeder Zeit Eintritt in ihre Auszugswohnung gestatten oder sich gefallen lassen zu müssen, daß Klägerin sich auf eigne Kosten einen Schlüssel zu der nach ihrer Auszugswohnung führenden Thüre anschaffe, und hob hierbei hervor, daß, wenn dem Herbergsberechtigten die Befugniß zu Führung eines eignen Hausschlüssels beigelegt, dadurch dem Auszugsträger die Beaufsichtigung und Ueberwachung des auszugsbelasteten Grundstücks außergewöhnlich erschwert werde, daß auch die Klägerin keine solche Person sei, zu der man sich großer Ordnung versehen könne.

Zugleich erbot sich Beklagter, der Klägerin zu jeder ordnungsmäßigen Zeit, nämlich im Sommer, oder von Walpurgis bis Michaelis, von früh 4 Uhr bis Abends 9½ Uhr, und im Winter, oder von Michaelis bis Walpurgis, von früh 5 oder ½6 Uhr bis Abends 9 Uhr, auch auf Anverlangen in allen besondern Fällen, z. B. wenn sie wegen etwaiger wirklicher Verrichtungen, oder weil sie zu Festlichkeiten ausgebeten worden, oder weil sie an den hohen Festen zu Tanze gegangen, zu andern, als den angegebenen Stunden unweigerlich zu öffnen, dafern ihr überhaupt noch das Recht auf Herberge in seinem, des Beklagten, Wohnhause zustehe.

Es ercipirte nämlich Beklagter, daß die Klägerin des ihr zuständig gewesenen Herbergsrechts wieder verlustig gegangen sei, und bezog sich deshalb auf den von der Klägerin für sich angezogenen Kaufcontract, von welchem er beglaubigten Extract zu den Acten übergab. In diesem heißt es an der betreffenden Stelle, wie folgt:

„Zum Ausgedinge reservirt sich Verkäufer für sich und seine Ehefrau zeitlebens freie Herberge in Käufers Wohnung und zu seiner Bequemlichkeit eine freie Bank darin. Auch verspricht Käufer, seinen Geschwistern Michael S. und Magdalenen S. (der Klägerin) zeitlebens freie Herberge, wenn sie nicht heirathen, ingleichen seiner Schwester Magdalene (der Klägerin) nach Verkäufers Tode eine Kammer über dem Kuhstalle der verkauften Nahrung. Sollte es Verkäuferm in Käufers Wohnstube nicht gefallen, so muß ihm letzterer auf eigne Kosten eine wohnbare Stube nebst Kammer bauen. Nach Verkäufers Tode behalten Käufers Geschwister, Michael und Magdalene (die Klägerin), ihre Herberge darin, bis sie sich verheirathen."

Beklagter behauptete nun, der Verkäufer habe von zuletzterwähnter Berechtigung Gebrauch gemacht und er, der Beklagte, ihm ein besonderes Auszugshaus auf dem zu der verkauften Nahrung gehörigen Garten erbaut, deshalb aber die Klägerin in diesem Auszugshause, nicht aber mehr in seinem, des Beklagten, Wohnhause und in dessen Wohnstube die freie Herberge zu beanspruchen.

Die Klägerin widersprach dem allenthalben, und es ertheilte, nach geschlossenem Verfahren, das Königliche Gericht zu B., an welches die Sache in Folge Jurisdictionswechsels übergegangen war, folgenden am 5. September 1853 eröffneten Bescheid:

„Würde Klägerin annoch den Armeneid leisten, so ist ihr das Bl. — von ihr erbetene Armenrecht billig mitzutheilen.

Und weil, was die Hauptsache betrifft, demjenigen, welcher das Recht der freien Herberge in einem Grundstücke hat, auch das Befugniß zur Führung eines eignen Hausschlüssels zur Herbergswohnung, als des Mittels zur beliebigen Ausübung dieses Rechts, beigelegt werden muß, eine Beschränkung dieses Befugnisses aber dadurch allein, daß Nachlässigkeit bei dessen Ausübung zu Unzuträglichkeiten führen kann, nicht begründet werden mag, nun aber sowohl aus dem vom Beklagten selbst zu den Acten gegebenen und deshalb auch unbedingt wider ihn geltenden, gerichtlich beglaubigten Extracte der von der Klägerin im Libell angezogenen Kaufsurkunde Bl. —, als auch aus den beziehentlich *Zugeständ*nissen und Verneinungen im 1sten, 5ten, 7ten, 23sten, 25sten und 26sten Einlassungsabschnitte hervorgeht, sowohl, daß Klägerin das freie Herbergsrecht in Beklagtens Wohnhause hat, als auch, daß Beklagter ihr das Recht abspricht, zum Zwecke der beliebigen Ausübung dieses Herbergsbefugnisses sich auf ihre eignen Kosten einen Hausschlüssel fertigen zu lassen und denselben führen zu dürfen; so ist Beklagter der erhobenen Klage für geständig zu achten, deswegen aber, und weil die von ihm Bl. — vorgeschützte Ausflucht, als durch Anführen thatsächlicher Momente nicht begründet, keine Beachtung verdient, der Klägerin die Anschaffung eines Hausschlüssels zu der Thüre, welche nach der Wohnung, in der sie nach Obigem ihre Herberge zu nehmen berechtigt ist, führt, auf ihre Kosten zu gestatten, derselben auch die Kosten des Processes wieder zu erstatten schuldig."

Auf Appellation Beklagtens bestätigte das Königliche Appellationsgericht zu B. diesen Bescheid in folgendem, am 5. December 1853 publicirten Erkenntnisse:

„Daß nurgedachter Bescheid aus den demselben einverleibten Gründen, und, soviel insbesondere das von dem Beklagten angefochtene allgemeine Befugniß des Auszugsberechtigten zur Führung eines eigenen Hausschlüssels zu der Herbergswohnung anlangt,

in Erwägung, daß ein ſolches auch inſofern nicht füglich beſtritten werden mag, als es dem Abmiether ſeinem Vermiether gegenüber zuſteht, der Herbergsberechtigte aber im entgegengeſetzten Falle ſchlechter geſtellt als der Erſtere erſcheinen würde, wie hiermit geſchieht, zu beſtätigen, Beklagter auch die durch das eingewendete Rechtsmittel erwachſenen Koſten der Klägerin zu erſtatten verbunden."

Auch gegen dieſes Erkenntniß wandte Beklagter Appellation ein, und das Königliche Oberappellationsgericht erkannte darauf in folgendem, am 3. Juli 1854 publicirten Urthel reformatoriſch:

„Daß es bei nurgedachtem Urthel (des Königl. Appellationsgerichts zu B.) und dem dadurch beſtätigten Beſcheide Bl. — nicht zu laſſen, vielmehr folgendermaaßen zu erkennen:

daß Beklagter der Klägerin den freien und ungehinderten Zugang zu ſeinem Wohnhauſe zu jeder beliebigen Tages- und Nachtzeit einzuräumen und zu dieſem Behufe derſelben entweder die Anſchaffung eines Schlüſſels zu der Eingangsthüre dieſes Hauſes auf ihre Koſten zu verſtatten, oder derſelben auf jedesmaliges Verlangen ſothane Eingangsthüre unweigerlich zu öffnen, nicht minder die Koſten des Proceſſes, ſoweit ſelbige in erſter Inſtanz erwachſen, zu erſtatten ſchuldig;

er könnte und würde denn die Bl. — vorgeſchützte Ausflucht:

daß Klägerin in Folge des von ihm mit ſeinem Verkäufer, George S., beim Kaufsabſchluſſe getroffenen beſonderen Uebereinkommens, nachdem er, Beklagter, auf Verlangen ſeines Verkäufers für dieſen ein beſonderes Auszugshaus erbaut und Letzterer darin ſeine Wohnung genommen gehabt, nicht mehr in ſeinem, Beklagtens, Wohnhauſe, ſondern nur in gedachtem Auszugshauſe das freie Herbergsrecht zu beanſpruchen habe,

binnen ſächſiſcher Friſt, Klägerin der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewiſſensrührung und andere Rechtszuſtändigkeiten vorbehältlich, wie Recht erweiſen, ſo ergehet in der Sache allenthalben ferner, was Recht iſt.

Die Koſten voriger ſowohl als jetziger Inſtanz werden gegenſeitig unter den Parteien aufgehoben."

Die hierfür gegebenen Entſcheidungsgründe waren nachſtehende:

„Das jus habitandi oder cohabitandi bringt es unbeſtritten mit ſich, daß dem Berechtigten zu dem ihm zur Wohnung angewieſenen Hauſe jederzeit der freie und unbehinderte Zutritt geſtattet ſein muß. Inzwiſchen folgt hieraus noch nicht ſo unbedingt das Befugniß des Herbergsberechtigten, einen eignen Hausſchlüſſel zu führen, ſelbſt wenn er ſich dieſen auf ſeine Koſten verſchaffen will, da der Verpflichtete triftige Gründe haben kann, eine Gefährdung der Sicherheit ſeiner Perſon oder ſeines Eigenthums zu beſorgen, wenn außer ihm ſelbſt noch eine andere Perſon im Beſitze eines Hausſchlüſſels ſich befindet, ſondern nur ſoviel, daß der Verpflichtete dem Herbergsberechtigten, dafern dieſer zu ſolchen Zeiten Ein- oder Ausgang verlangt, wo das Haus verſchloſſen iſt, unweigerlich die Zugangsthüre öffnen oder öffnen laſſen muß. Auf dieſe Weiſe läßt ſich das Recht des Letztern auf unbehinderten Ein- und Ausgang mit dem Intereſſe des Verpflichteten, ſeine Behauſung in ſeiner eignen ausſchließlichen Obhut zu haben, vereinigen, und wenn derſelbe der ihm etwa aus dem häufigen Oeffnen des Hauſes entſtehenden Unbequemlichkeit und Störung ſich unterwerfen will, ſo fehlt es für den Herbergsberechtigten an einem Grunde, auf der Führung eines eignen Hausſchlüſſels zu beſtehen. In dieſem Sinne iſt namentlich auch die von der Klägerin berufene Entſcheidung des Oberappellationsgerichts, welche im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1849. Seite 328. mitgetheilt worden, aufzufaſſen. Inſofern nun im vorliegenden Falle Beklagter Bl. — allerdings auf mancherlei Nachtheile hingewieſen hat, welche für ihn daraus, wenn Klägerin einen eignen Hausſchlüſſel führte, entſtehen könnten, hat man ſich veranlaßt gefunden, die in den vorigen Inſtanzen ausgeſprochene unbedingte Verurtheilung deſſelben, ſowie geſchehen, zu modificiren, wobei nur noch zu bemerken, daß Beklagtens Erbieten Bl. —, als ein zu beſchränktes, jedenfalls nicht für geeignet angeſehen werden konnte, die Klägerin klaglos zu ſtellen, ihm auch, da er der Klägerin überhaupt das Recht ſtreitig gemacht hat, zu jeder Zeit Einlaß zu verlangen (vergl. pct. lit. cont. 8.), gegen ſeine Verurtheilung in die Koſten der erſten Inſtanz an ſich nichts zu Statten kommen würde.

Indeß iſt die vorige Entſcheidung auch noch inſoweit abzuändern geweſen, als darin auf Beklagtens Beſchwerde Bl. — wegen Nichtbeachtung der Bl. — vorgeſchützten Ausflucht keine Rückſicht genommen worden. Nach Maaßgabe des von Beklagtem Bl. — in Abſchrift beigebrachten, zwiſchen ihm und ſeinem Vater abgeſchloſſenen Kaufs, auf welchem das Herbergsrecht der Klägerin beruht, hat der Verkäufer für den Fall, daß es ihm in Käufers Wohnſtube nicht gefallen ſollte, das Recht gehabt, zu verlangen, daß Beklagter ihm eine beſondere, in Stube und Kammer beſtehende Auszugswohnung erbaue, und in dieſer haben ſolchenfalls auch Klägerin und deren Bruder die Herberge bis zur Verheirathung behalten ſollen. Wäre es nun begründet,

was Beklagter Bl. — angeführt, daß sein Verkäufer von dieser Berechtigung Gebrauch gemacht und er demselben ein besonderes Auszugshaus in der bedungenen Maaße erbaut habe, so würde allerdings Klägerin nicht in Beklagtens Wohnhause, sondern in dem bemerkten, für ihren Vater hergerichteten Auszugshause das Herbergsrecht zu beanspruchen haben, wodurch die vorliegende Differenz, in welcher es sich nur von dem freien Ein- und Ausgange in Beklagtens Wohnhaus und den Mitteln, diesen der Klägerin zu sichern, handelt, sofort erledigt wäre.

Nun hat zwar Klägerin Bl. — dem Anführen Beklagtens mit der Bemerkung widersprochen, daß letzterer erst 8 Jahre nach des Verkäufers Tode ein Auszugshaus erbaut habe, und in diesem Falle würde allerdings die obenerwähnte Bestimmung des Kaufes, wodurch das Herbergsrecht der Klägerin und ihres Bruders in dem Wohnhause Beklagtens aufgehoben und auf das Auszugshaus beschränkt werden konnte, gar nicht eingetreten sein, allein Beklagter hat an dieser Replik nichts zugestanden, vielmehr Bl. — derselben ausdrücklich widersprochen.

Es hat daher allerdings dem Beklagten der Beweis des mehrbemerkten exceptivischen Vorbringens, dessen Einfluß auf die Sache nicht zu verkennen ist, nicht abgeschnitten werden mögen, wobei jedoch, wie schon angedeutet, alles darauf ankommen wird, ob das besondere Auszugshaus bereits zu Lebzeiten des Verkäufers auf dessen Verlangen gebaut und letzterem darin seine Wohnung mit seinem Einverständnisse angewiesen worden ist, weil nach der Bestimmung des Kaufes blos in diesem Falle Klägerin und ihr Bruder mit ihrem Wohnungsrechte in das Auszugshaus gewiesen werden konnten.

Was wegen der Kosten voriger und jetziger Appellation erkannt worden, bedarf nach Lage der Sache keiner ausführlichen Rechtfertigung."

## 87.

### Actio de pauperie. — Haftung der Dienstherrschaft aus unerlaubten Handlungen des Gesindes.

Mitgetheilt von
Herrn Actuar W. in C.

Unterm 21. April 1853 klagte bei dem Königl. Landgericht zu Ch. Carl N. in P. wider F. zu Ch. wegen einer Forderung von 70 Thlrn. —‚ —‚ und führte in der Klage Folgendes an:

„Am 26. Februar 1853 schickte Kläger sein Geschirr, bestehend aus einem mit zwei Pferden, einem Fuchs und einem Braunen, bespannten Wagen, von P. aus nach dem beim Dorfe L. gelegenen Holze, um aus demselben zwei Fuder Brennholz zu holen.

Auf der Höhe der von P. nach A. und L. führenden Chaussée bei dem daselbst gelegenen Chausséehause und unweit des Gasthofes zum Zeisigneste begegneten dem Geschirre des Klägers zwei Pferde des Beklagten. Diese Pferde, beide von Fuchsfarbe, waren gesattelt und wurden vom Kutscher des Beklagten, Namens M., lang am Zügel geführt, so daß der Kutscher um die Zügellänge vor den von ihm geführten Pferden des Beklagten herging.

Beim Begegnen wich nun zwar Klägers Knecht vorschriftsmäßig aus, allein zu gleicher Zeit schlug das eine der Pferde Beklagtens nach dem einen Pferde des Klägers aus und traf dasselbe, einen Brandfuchs, Stute, 9 Jahr alt und 11½ Viertel hoch, mit dem mit einem geschärften Eisen beschlagenen Hufe an den vorderen rechten Schenkel, und zwar auf dessen innere Seite, ungefähr 3 Zoll über dem Kniegelenke.

Dieser Schlag brachte dem bezeichneten Pferde des Klägers inhalts des beigefügten thierärztlichen Zeugnisses unter A. nicht nur an dem vorderen rechten Schenkel, und zwar auf dessen innerer Seite und ungefähr drei Zoll über dem Kniegelenke, eine 1 Zoll lange Hautwunde bei, sondern hatte dem mehrerwähnten Pferde Klägers auch an eben dieser nurangegebenen Stelle des vorderen rechten Schenkels den Fußknochen zersplittert, dergestalt, daß es nicht nur nicht von der Stelle gebracht werden konnte, sondern an Ort und Stelle getödtet werden mußte.

Das geschlagene und in dessen Folge getödtete Pferd Klägers hatte zur Zeit der Verletzung mindestens einen Werth von Siebenzig Thalern —‚ —‚.

Nach dem gemeinen Sachsenrechte — Landrecht, Buch II. Art. 40. —

(Haubold, sächs. Privatrecht. §. 304.)

wie nach den im römischen Rechte über die actio de pauperie geltenden Grundsätzen ist der Eigenthümer eines Pferdes den durch dasselbe angerichteten Schaden zu ersetzen verbunden, wenn er nicht sogleich nach erhaltener Wissenschaft von dem Vorfalle das Thier von sich entfernt und dadurch den Beschädigten in den Stand setzt, sich an das derelinquirte Thier zu halten.

Beklagter, welcher vom Kläger unmittelbar nach dem vorgetragenen Ereignisse davon in Kenntniß gesetzt wurde, hat sich weder durch noxae datio von seiner Verpflichtung zum Ersatze des dem Kläger verursachten Schadens befreit, noch ist er in Güte

zu bewegen, demſelben ſothanen Schaden zu erſtatten.

Es erreicht aber dieſer Schaden die baare Summe von

Siebenzig Thalern —. —.

als den Werth des verletzten und in Folge dieſer Verletzung ſofort an Ort und Stelle getödteten Thieres."

Unter theilweiſem Eidesantrag über die Klage, ſowie unter eventueller Erbietung zum Würderungseide bezüglich des Werthes des getödteten Pferdes, forderte Kläger von Beklagtem Einlaſſung und Antwort auf die Klage und deren Beifuge A., und petirte:

„daß Beklagter dem Kläger den Werth des getödteten und in der Klage näher beſchriebenen Pferdes mit Siebenzig Thalern —. —. zu erſtatten und dieſelben ſammt Zinſen des Verzugs von Zeit erhobener Klage an zu bezahlen, ihm auch die Proceßkoſten zu erſtatten ſchuldig."

Nach abgeſetztem rechtlichen Verfahren, in welchem Beklagter den Klaggrund leugnete und verſchiedene Ausſtellungen bezüglich der Rechtsbeſtändigkeit und Schlüſſigkeit der Klage vorbrachte, publicirte das Königl. Landgericht zu Ch. unterm 5. October 1853 einen Beſcheid, welcher Klägern angebrachter Maaßen (cum expensis) und zwar aus folgenden Gründen abwies:

„Kläger hat bei Anſtellung ſeiner Klage nicht nur auf das römiſche Recht Bezug genommen, ſondern auch die neueren geſetzlichen Beſtimmungen für ſich geltend zu machen geſucht und namentlich Bl. — bemerkt, daß nach den im römiſchen Rechte über die actio de pauperie geltenden Grundſätzen der Eigenthümer eines Pferdes den durch daſſelbe angeſtifteten Schaden zu erſetzen verbunden ſei, wenn er nicht ſofort nach erhaltener Wiſſenſchaft von dem Vorfalle das Thier von ſich entferne und dadurch den Beſchädigten in den Stand ſetze, ſich an das derelinquirte Thier zu halten. Dieſer Anſicht iſt jedoch in ſolcher Allgemeinheit nicht beizutreten geweſen; denn ſchon das römiſche Recht hat bei der Beſtimmung des Umfanges, in welchem die actio de pauperie anwendbar ſein ſoll, den Grundſatz ausgeſprochen, daß, wo bei einem Schaden, welchen ein Thier angerichtet, die Schuld eines Menſchen außer dem Eigenthümer concurrire, nicht die actio de pauperie gegen den Eigenthümer des Thieres, ſondern nur eine auf die Schuld eines Menſchen gegründete Schädenklage gegen denſelben angeſtellt werden könne.

cf. l. 1. §§. 4—6. D. si quadrupes pauperiem fecit.

Macht nun zwar das ſächſiſche Recht im 40ſten Artikel des 2ten Buchs des Sachſenſpiegels den Eigenthümer des Thieres regelmäßig für den Schaden verantwortlich, während das römiſche Recht hinſichtlich zahmer Thiere einem für den Eigenthümer milderen Grundſatze folgt, indem es für die von ihnen geſtifteten Schäden zunächſt diejenigen Perſonen haften läßt, durch deren Schuld die letzteren beigefügt wurden, ſei dieſe nun der Eigenthümer oder ein Dritter, und für einen ſolchen Fall dem Beſchädigten die aquiliſche Klage verleiht, ſo beſtimmt doch das angezogene ſächſiſche Landrecht, Artikel 40. Buch 2. ferner, daß, wenn ein Thier Schaden anrichte, während es ſich unter der Aufſicht des Knechts oder Geſindes des Eigenthümers (binnen ſeines Knechts oder ſeines Geſindes Hude) befinde, nicht der letztere, ſondern Jener, in deſſen Obhut daſſelbe geſtanden, für den Schaden verantwortlich ſein ſoll.

Eine allgemeine Verbindlichkeit der Dienſtherrſchaft, allen und jeden durch das Geſinde und deſſen unerlaubte Handlungen oder Verſchuldung dritten Perſonen zugefügten Schaden zu vertreten, iſt nach den in Sachſen geltenden Rechten nicht begründet, es tritt vielmehr eine ſolche Verpflichtung der Herrſchaft, außer dem Falle eines ausdrücklich oder ſtillſchweigend ertheilten Auftrages zu der fraglichen Handlung des Dienſtboten, in der Regel nur dann ein, wenn der Herrſchaft ſelbſt auf irgend eine Weiſe, ſei es auch nur durch Unterlaſſung der nöthigen Sorgfalt bei Auswahl ihrer Diener, oder gebührender Aufſicht über dieſelben, eine Schuld beizumeſſen iſt.

Leyser, med. ad Pand., Tom. I. spec. 47. Tom. II. spec. 113.

Hommel, Rhaps., Tom. V. obs. 633.

Glück, Erläuterung der Pand., Th. 10. S. 418.

Curtius, Handbuch des in Sachſen geltenden Civilrechts, Th. 4. §. 1523. b. ed. 2. S. 234.

Wendet man dieſe Rechtsprincipien auf den vorliegenden Fall an, ſo gelangt man nothwendig zu dem Reſultate, daß die erhobene Klage gegen den Beklagten nicht ſtatthaft ſei, weil aus Klägers eigenem Vorbringen hervorgeht, daß die Pferde des Beklagten unter der Obhut ſeines Kutſchers ſich befunden.

In dieſer Beziehung wird von Klägerm Bl. — ſelbſt bemerkt, daß der Kutſcher des Beklagten die Pferde lang am Zügel geführt habe, ſo daß der Kutſcher um die Zügellänge vor den von ihm geführten Pferden des Beklagten hergegangen ſei.

Aus dieſer Darſtellung iſt aber ſo viel jedenfalls mit Sicherheit zu entnehmen, daß der Kutſcher des Beklagten die Aufſicht über die ihm anvertrauten

Pferde gänzlich vernachläſſigt und jede Sorgfalt zu Abwendung möglicher Nachtheile bei Seite geſetzt, mithin eine culpa auf ſich geladen hat, für welche nur er, nicht aber ſein Dienſtherr verantwortlich gemacht werden kann.

War daher ſchon aus dieſem Grunde die Klage zurückzuweiſen, ſo würden die Acten dafür auch noch andere Gründe an die Hand geben.

1.

Aus dem thierärztlichen Zeugniß Bl. — geht mit der erforderlichen Beſtimmtheit nicht hervor, daß das verletzte Thier des Klägers unter allen Umſtänden hätte getödtet werden müſſen, im Gegentheil iſt darin ausgeſprochen, daß eine Cur möglich iſt. Iſt nun zwar angeführt worden, daß die diesfallſigen Koſten gewöhnlich den Werth des verletzten Thieres überſteigen, ſo vermißt man doch die Behauptung, daß dies auch im vorliegenden Fall hätte vorkommen müſſen, und unter dieſen Umſtänden erſcheint die Tödtung als nicht ausreichend gerechtfertigt und die Vertretung des Schadens jedenfalls in Zweifel geſtellt, da die Zuſtimmung des Beklagten zur ſofortigen Tödtung nicht eingeholt worden iſt. Die Entſchließung darüber, ob eine Cur zu verſuchen ſei, hätte demjenigen, welcher den Schaden tragen ſoll, überlaſſen werden müſſen.

2.

Gewinnt es aber auch den Anſchein, als ob der Kutſcher des Klägers nicht von Verſchuldung frei zu ſprechen ſei. Obſchon Kläger in ſeiner Klage Bl. — angeführt hat, daß ſein Kutſcher beim Begegnen vorſchriftsmäßig ausgewichen, ſo iſt dies doch nicht glaubhaft, da durch das thierärztliche Zeugniß nachgewieſen wird, daß die Verletzung an dem vorderen rechten Schenkel auf der innern Seite ungefähr drei Zoll über dem Kniegelenke vorgefunden worden.

Dieſe Erſcheinung iſt nur dann denkbar, wenn der Kutſcher des Klägers, anſtatt rechts, nach der linken Seite ausgewichen iſt.

Nun iſt aber in

§. 21. des Straßenbaumandats vom 28. April 1781.

§. 34. des neuen Strafgeſetzes vom 4. April 1838.

beſtimmt angeordnet, daß nur zur rechten Seite ausgewichen werden ſoll, und wenn der Kutſcher des Klägers vorſchriftsmäßig ausgewichen wäre, ſo konnte die Verletzung nicht an dem vorderen rechten Schenkel auf der inneren Seite erfolgen. Es kann aber keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß ſolchenfalls ein Schädenanſpruch nicht ſtatthaft ſein würde.

Endlich

3.

würden ſich auch Zweifel über die Statthaftigkeit des Eidesantrages anregen laſſen, deren weiterer Begründung es hier nicht bedarf.

Was den Koſtenpunkt anlangt, ſo bedarf dieſer keiner beſonderen Rechtfertigung."

Auf hiergegen eingewendete Remedur Klägers erkannte das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau mittelſt eines am 30. Mai 1854 publicirten Erkenntniſſes lediglich confirmatoriſch, jedoch compensatis expensis der Appellationsinſtanz.

Gründe der zweiten Inſtanz.

„Wenn man auch annehmen will, daß die unter 1. und 2. Bl. — geäußerten Bedenken dem auf Schadenvergütung gerichteten Suchen des Klägers nicht geradehin entgegenſtehen, ſo iſt doch die erhobene Klage aus folgenden Gründen für unſchlüſſig und unſtatthaft zu achten:

In der Regel iſt der Eigenthümer eines Thieres den Schaden, welchen daſſelbe angeſtiftet hat, zu erſetzen nicht verbunden, und eine Ausnahme hiervon tritt nur dann ein, wenn der Eigenthümer das Thier, nachdem er von dem angeſtifteten Schaden Kenntniß bekommen, bei ſich behalten hat, oder ihm doch eine ſolche Schuld zur Laſt fällt, die ihn zur Schadenentgeltung verpflichtet.

Sowohl in der einen wie in der anderen Beziehung fehlt es jedoch der Klage an der erforderlichen thatſächlichen Begründung. Dieſelbe iſt nämlich blos darauf geſtützt, daß Beklagter Eigenthümer des Pferdes ſei, welches dem Kläger den Schaden verurſacht habe, und wenn ſchon in ihr nebenbei Bl. — geſagt wird, daß Beklagter unmittelbar nach dem Ereigniſſe davon in Kenntniß geſetzt worden, ſo iſt doch dabei nicht angeführt, daß Beklagter, bevor er in rechtlichen Anſpruch genommen worden, von dem Vorhandenſein des Schadens Kenntniß erhalten und doch gleichwohl das Pferd von ſich nicht entfernt, ſondern auch zur Zeit der Klagerhebung noch in ſeinem Beſitz gehabt habe.

Dieſes Anführen war nothwendig, weil, wie bereits gedacht, der Eigenthümer eines Thieres, welches einem Andern geſchadet, nach den hierinnen eigenthümlichen Grundſätzen des Sächſiſchen Rechts

Sachſenſpiegel, 2tes Buch, Art. 40.

Haubold, Lehrbuch des Königl. Sächſ. Privatrechts, 3te Ausg. §. 304. b.

Zeitſchrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 4. S. 332 flg.

von dem Erſatze des verurſachten Schadens durch ſofortige Entfernung des Thiers ſich befreien kann.

Die erhobene Klage läßt sich demnach als actio de pauperie, wofür sie Kläger Bl. — selbst ausgegeben hat, nicht aufrecht erhalten; sie würde aber auch, hiervon abgesehen, um deswillen unzulässig sein, weil nach dem Klagvorbringen Bl. — das Pferd, als es den Schaden angestiftet, von einem Knechte des Beklagten geführt worden, also unter der Obhut eines Dritten sich befand, und in einem solchen Falle eine Ersatzverbindlichkeit auf Seiten des Eigenthümers des Thieres, das den Schaden angerichtet hat, vermöge der angezogenen Stelle des Sachsenspiegels niemals ohne Weiteres, sondern nur dann als vorhanden anzunehmen ist, wenn sie auf einem besonders hinzutretenden Grunde beruht.

s. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1846. S. 400.

Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, Th. 3. Abth. 1. §. 1161. Note g. S. 141 der 3. Ausg.

Ein solcher besonderer Verpflichtungsgrund ist aber in der Klage ebenfalls nicht angegeben, und er würde z. B. dann vorhanden sein, wenn Kläger thatsächlich zu begründen und nachzuweisen vermöchte, daß dem Knechte, welchem bei dem Unfalle Beklagter die Führung seiner Pferde anvertraut gehabt, die dazu erforderliche Kenntniß und Geschicklichkeit ermangelt habe.

Denn eine allgemeine Verbindlichkeit der Dienstherrschaften, für die im Dienste begangenen unerlaubten Handlungen ihrer Dienstleute und den dadurch, sowie durch deren Verschuldung dritten Personen zugefügten Schaden einzustehen und zu haften, ist in den in Sachsen geltenden Rechten nicht begründet; vielmehr tritt eine solche Verpflichtung der Herrschaft, außer dem Falle eines ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Auftrages zu der fraglichen Handlung des Dienstboten, in der Regel nur dann ein, wenn der Herrschaft selbst auf irgend eine Weise, sei es auch nur durch Unterlassung der nöthigen Sorgfalt bei Auswahl ihrer Diener, oder gebührender Aufsicht über dieselben, eine Schuld beizumessen ist.

Leyser, Medit. ad Pand., spec. CXIII. med. 1.

Hommel, Rhaps., obs. 633.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Theil X. S. 418.

Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, Th. 4. §. 1523. b.

Es kann also auch die Klage aus dem Gesichtspunkte einer gegen die Person des Beklagten gerichteten Schädenklage nicht für schlüssig erachtet werden, und eine nothwendige Folge hiervon ist die Verurtheilung des Klägers in die Proceßkosten. Jedoch hat man sich zu Compensation der in jetziger Instanz aufgelaufenen Unkosten veranlaßt gefunden, weil das gegenwärtige confirmatorische Erkenntniß zum Theil auf andern Gründen beruht."

---

## 88.

### Ueber den zu einem Berichte, worin neben einer Appellation auch einer Adhäsion gedacht wird, zu verwendenden Stempelbetrag.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. Dr. W. zu L.

In einer vor dem Stadtgericht zu L. zwischen Christian Wilhelm S., als Widerklägerm, und Henrietten Carolinen M., als Widerbeklagter, ergangenen Rechtssache hatte ersterer in seiner Refutationsschrift vom 24. September 1847 erklärt, der von der Widerbeklagten gegen das Urthel erster Instanz eingewendeten Appellation adhäriren zu wollen, zu der diesfallsigen Eingabe aber nur —⁄ 2 Ngr. 5 Pf. Stempelimpost verwendet. Das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig hatte dies als Hinterziehung eines Stempelsteuerbetrages von —⁄ 2 Ngr. 5 Pf. angesehen und die weitere Erörterung und Entscheidung dem Königl. Hauptsteueramte zu Leipzig überlassen. Dieses gab nun, unter Bezugnahme auf §. 3. c. 5. 53. und 58. sub 4. des Steuerstrafgesetzes vom 4. April 1838. in Verbindung mit §. 24. des Gesetzes vom 27. December 1833, sowie einige Erläuterungen, Abänderungen und Zusätze zu demselben betreffend, vom 14. December 1837, dem S. auf, ein Gefälle- und Straf-Liquidum von —⁄ 12 Ngr. 5 Pf. (nämlich —⁄ 2 Ngr. 5 Pf. rückständige Stempelsteuer und —⁄ 10 Ngr. —⁄ Hinterziehungsstrafe) binnen zehn Tagen bei Vermeidung executivischer Zwangsmaaßregeln zur Hauptamtssportelcasse zu berichtigen.

Das Proceßgericht hatte von dem gedachten Hauptsteueramte ebenfalls die Aufforderung erhalten, —⁄ 5 Ngr. —⁄ rückständigen Stempelsteuerbetrag und —⁄ 20 Ngr. —⁄ Hinterziehungsstrafe zu berichtigen, weil es unterlassen, in dem an das Königl. Appellationsgericht erstatteten Berichte, worin außer einer von der M. eingewendeten Appellation auch einer in der Refutationsschrift S.'s befindlichen, wegen des Kostenpunktes eingebrachten accessorischen Adhäsion gedacht worden, außer dem Appellationsberichtsstempel an —⁄ 5 Ngr. —⁄ auch noch einen Stempelbogen von gleicher Höhe für die Adhäsion zu verwenden. In der Verfügung des Hauptsteueramtes war die Bemerkung enthalten, daß zu der die Adhäsion S.'s enthaltenden Schrift nur —⁄ 2 Ngr.

5 Pf. Stempel verwendet worden sei. Das Stadtgericht erwiderte hierauf Folgendes: Es wolle in der zuletzt gedachten Beziehung unerörtert lassen, ob überhaupt nach dem Mandate vom 11. Januar 1819 und dem Erl. Mandate vom 19. September 1822 bei Anbringung einer Adhäsion ein besonderer Stempel zu verwenden sei, wenn schon die Seite 51. der Gesetzsammlung von 1819 gebrauchten Worte: „Inhäsion und Extension derselben" nach den Rechtsbegriffen beider Worte mehr dagegen, als dafür sprächen. Allein dafür, daß Seiten der Gerichte zu einem Berichte, worin neben einer Appellation auch einer Adhäsion gedacht werde, neben dem Appellationsberichtsstempel auch noch —„ 5 Ngr. —„ dergleichen wegen des Berichts auf die Adhäsion verwendet werden sollte, finde sich in der Sächsischen Stempelgesetzgebung keine Spur. Zu Berichten seien in der Regel nur —„ 2 Ngr. 5 Pf. als der §. 13. des Mandats vom 11. Januar 1819 bestimmte allgemeine Schriftenstempel, —„ 5 Ngr. —„ aber nach der beigefügten Stempeltare sub voce apostoli nur für solche Berichte zu verwenden, welche auf Appellationen erstattet werden. Daß dies auch bei Berichten auf Adhäsionen — welche ohne eingewendete Appellation gar nicht vorkommen könnten — der Fall sein solle, sei nirgends vorgeschrieben. Das Stadtgericht sei daher zu einer solchen Verwendung, neben dem Stempel zum Berichte auf die Appellation, weder berechtigt noch verbunden gewesen, und noch weniger habe es sich einer Stempelsteuerhinterziehung schuldig gemacht, wenn es die Verwendung unterlassen. Das Stadtgericht ersuchte aus diesen Gründen das Königl. Hauptsteueramt um Zurücknahme der erlassenen Verfügung, indem es sich eventuell Beschwerdeführung bei der vorgesetzten Behörde vorbehielt.

Das Königl. Hauptsteueramt erklärte hierauf unterm 27. April 1850, daß es sich außer Stande befinde, die erlassene Auflage zurückzunehmen, und überließ es dem Stadtgericht, wenn sich dasselbe durch das in Rede stehende Strafpräcept für beschwert erachte, nach §. 28. des Gesetzes, die definitive Gültigkeit des Gesetzes vom 27. December 1833 ꝛc. betreffend, vom 14. December 1837 binnen der in der Auflage nachgelassenen zehntägigen Frist das Rechtsmittel des Recurses an die höhere Verwaltungsbehörde (die Königl. Zoll- und Steuerdirection) oder der Appellation an die höhere Justizbehörde dagegen einzuwenden.

Das Stadtgericht wendete in dessen Folge an die Königl. Zoll- und Steuerdirection unterm 1. Mai 1850 Recurs ein, worauf Letztere unterm 21. December 1852 in zweiter Instanz erkannte:

„Daß es bei dem hauptamtlichen Strafbescheid, durch welchen dem Stadtgericht zu L. wegen blos einfacher Stempelverwendung zu dem unterm 21. October 1847 auf eine Appellation der Widerbeklagten Henriette Caroline M. und auf die Seiten des Widerklägers Christian Wilhelm S. Bl. — der Beilagsacten erklärte Adhäsion zu diesem Rechtsmittel erstatteten Bericht eine Stempelnachzahlung von —„ 5 Ngr. —„ und eine Stempelstrafe von —„ 20 Ngr. —„ auferlegt worden ist, nicht zu lassen, das recurrirende Gericht vielmehr in Erwägung, daß die accessorische Adhäsion des Widerklägers nicht als ein selbstständiges, mit Devolutivwirkung versehenes Rechtsmittel betrachtet werden kann, sondern mit der Appellation der Widerbeklagten unzertrennlich verbunden ist, mit derselben stehen oder fallen mußte, in Mangel Verdachts begangener Stempelhinterziehung freizusprechen, auch mit Abforderung von Stempelnachtrag und Kosten zu verschonen, der Betrag der letzteren vielmehr Amtswegen zu übertragen."

## Miscellen.

**Anstellungen, Ernennungen, Versetzungen in Ruhestand ꝛc.** Se. Königliche Majestät haben Allergnädigst geruhet, dem zeitherigen Director der II. Abtheilung des Finanzministeriums, geheimen Rath Gustav von Flotow, zugleich unter Bezeigung besonderer Allerhöchster Zufriedenheit mit dessen langjähriger treuen und ersprießlichen Dienstleistung, die nachgesuchte Versetzung in Ruhestand mit der gesetzlichen Pension zu bewilligen und dagegen den bisherigen Kreisdirector zu Leipzig, Eduard von Broizem, unter Beilegung des Dienstprädicats „geheimer Rath" zum Director der obgedachten Ministerial-Abtheilung zu ernennen.

Se. Königliche Majestät haben Sich bewogen gefunden, den dermaligen Geheimen Finanzrath, Referenten in Forstsachen, Gottlob Franz August Adolph Freiherrn von Berlepsch, mit Beibehaltung seiner gegenwärtigen Function, zum „Oberlandforstmeister" zu ernennen und demselben als solchen den Rang eines Geheimen Rathes zu verleihen.

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der Advocat und Bürgermeister Ernst Konrad Eduard Rüger zu Dippoldiswalda ist als Verwalter der Gerichte zu Schmiedeberg, sowie als Verwalter der Gerichte zu Bärenburg verpflichtet worden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 42.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


### 89.

Das Decatiren von Tuch und tuchähnlichen Stoffen unterliegt unbedingt dem Verbietungsrechte der Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnungen, das Krumpfen dagegen nur insoweit, als es durch Anwendung besonderer, dazu bestimmter Maschinen bewirkt wird. — Die gewerbmäßige Verrichtung der in andere zünftige Beschäftigungen einschlagenden Arbeiten ist an sich als ein Eingriff in eine fremde Gewerbssphäre zu betrachten, gleichviel ob sie gegen besondere Bezahlung geschieht oder nicht. — Arbeiten, welche, ohne jede technische Vorbildung zu erfordern, schon vermöge ihrer Einfachheit den Charakter unzünftiger Verrichtungen an sich tragen, sind jedem zünftigen Verbietungsrechte unbedingt entnommen.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. K. in L.

Am 26. Februar 1850 zeigten die Obermeister der Tuchbereiter- und Tuchscheererinnungen zu L. bei dem Stadtrathe an, daß die Schneidermeister S. und elf andere Genossen sich mit Decatiren von Tuch und tuchähnlichen Stoffen befaßten, und baten, dies ihnen bei Strafe zu verbieten, da sie dadurch die Gerechtsame ihrer, der Impetranten, verletzten.

Bei ihrer Vernehmung räumten von den Impetraten zwei, B. und U., ein, daß sie die von ihnen für ihre Schneiderarbeiten erforderlichen Tücher und tuchähnlichen Stoffe, unter Anwendung einer dazu bestimmten, wiewohl sehr einfachen Maschine, decatirten, dagegen stellten sieben derselben, E., S., R., K., H., B. und Sch., zwar das Decatiren in Abrede, räumten jedoch ein, daß sie dergleichen Stoffe, ebenfalls unter Anwendung einer Maschine, krumpften, T., M. und Z. endlich erklärten, daß sie dieselben ohne Anwendung einer dazu bestimmten Maschine und lediglich mittelst der dem Schneiderhandwerke vorzugsweise zukommenden Werkzeuge krumpften. Sämmtliche zwölf Impetraten bestritten, daß nach Lage der Sache den Impetranten ein Verbietungsrecht zustehe.

Der Stadtrath ließ über beide gedachte Manipulationen einen Sachverständigen (Tuchhändler) abhören, welcher sich darüber folgender Maaßen aussprach:

„Das Krumpfen und Decatiren des Tuchs und tuchähnlicher Stoffe hat einen und denselben Zweck. Es geschieht nämlich aus doppelter Ursache,

1) um das Tuch, das durch das Ausspannen im Tuchrahmen ausgedehnt worden ist, einlaufen zu machen, damit es nicht erst im fertigen Kleidungsstücke zusammengeht, und

2) um demselben den durch die Presse erhaltenen Glanz zu nehmen, mit welchem es nicht würde getragen werden können, ohne Flecke zu bekommen.

Eine Vervollkommnung des Tuches wird durch dieses Vornehmen nicht herbeigeführt, ebensowenig gehört dazu eine gewerbmäßig zu erlernende Geschicklichkeit.

Die Art und Weise des Krumpfens und Decatirens ist zwar verschieden, allein die Wirkung beider Manipulationen eine und dieselbe. Es geschieht theils durch Einschlagen des Tuchs in nasse Tücher und Bügeln mit dem Bügeleisen — eine Art und Weise, die seit undenklichen Zeiten die Schneider

anwenden —, theils in der neuern Zeit in der Weise, daß der Stoff auf eine in einem Kasten befindliche Walze gewickelt wird, in den sodann heiße Wasserdämpfe hineingelassen werden. In dieser Art bewirken, soviel ich weiß, die Tuchbereiter jetzt wohl alle das Decatiren und pressen dann dasselbe noch einmal, obschon dieses Pressen bei gemusterten Stoffen unterbleiben muß oder — wenn es geschieht — ohne sichtbare Wirkung geschieht, denn durch das Pressen wird der Stoff nun wieder glatt."

Der Stadtrath ertheilte hierauf unter dem 9. Juli 1850 folgenden Bescheid:

„Weil das Decatiren von Tuch und tuchähnlichen Stoffen laut der bereits früher ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen unzweifelhaft dem ausschließlichen Arbeitsgebiete der Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnung angehört, und weil nach dem Bl. — abgegebenen Gutachten ein Gleiches von dem Krumpfen des Tuches und der tuchähnlichen Stoffe, soweit solches durch Anwendung besonderer, dazu bestimmter Maschinen, namentlich auch durch Aufspannen des Stoffes auf eine Walze und Einführung von Wasserdämpfen bewirkt wird, mit Hinsicht auf den Zweck und den Verlauf dieses Verfahrens angenommen werden muß, so haben sich hinführo B. und U. des von ihnen eingeräumten Decatirens, ingleichen E., S., R., K., H., B. und Sch. des von ihnen eingeräumten Krumpfens, insoweit solches durch besondere Maschinen und namentlich auch durch Aufspannen des Stoffs auf eine Walze und Einführen von Wasserdämpfen bewirkt wird, bei 5 Thalern —„— Strafe für jeden Contraventionsfall zu enthalten; es sind auch die Genannten die aufgelaufenen Gerichtskosten, so viel ein Jeder davon veranlaßt hat, zu bezahlen, nicht weniger die Extrajudicialien, ein Jeder zum zwölften Theile, zu erstatten schuldig.

Dagegen ist gegen T., M. und Z., da das gegen sie Angezeigte durch das von den Denuncianten Beigebrachte und die angestellten Erörterungen nicht erwiesen ist, die von ihnen eingeräumte Behandlung des Tuches und der tuchähnlichen Stoffe aber mit Rücksicht auf deren große Einfachheit, auf den gänzlichen Mangel des Erfordernisses einer besonderen technischen Befähigung oder besonderer Werkzeuge dazu, sowie auf die stattfindende Anwendung von dem Schneiderhandwerke vorzugsweise zukommenden Werkzeugen als eine solche nicht betrachtet werden kann, welche zu dem Arbeitsgebiete der denuncirenden Innungen zu rechnen sei, mit fernerem Verfahren Anstand zu nehmen, es sind auch die Innungen der Tuchscheerer und Tuchbereiter mit ihren gegen die Genannten gestellten Anträgen abzuweisen und die durch T.'s, M.'s und Z.'s Vernehmungen und sonst rücksichtlich ihrer erwachsenen Kosten, worunter auch die antheiligen gegenwärtigen Bescheids zu rechnen sind, abzustatten, auch von den Bl. — verzeichneten außergerichtlichen Kosten drei Zwölftheile aus eignen Mitteln zu übertragen verbunden.

Von Rechts Wegen."

Gegen diesen Bescheid wendete die Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnung Recurs ein, weil darin erkannt worden,

1) daß sich die Impetraten B. und U des Decatirens, ingleichen E., S., R., K., H., B. und Sch. des Krumpfens nur, insoweit solches durch besondere Maschinen, und namentlich durch Aufspannen des Stoffes auf eine Walze und Einführung von Wasserdämpfen, bewirkt werde, zu enthalten haben,
2) daß sie solches nur bei 5 Thalern Strafe für jeden Contraventionsfall unterlassen sollen,
3) daß gegen S., M. und Z. mit fernerem Verfahren Anstand zu nehmen sei und sie, die Impetranten, mit ihren desfallsigen Anträgen abgewiesen, und
4) beziehentlich in die Kosten verurtheilt worden seien.

Nach Ablauf des decendii, nämlich am 31. August 1850, trat die Schneiderinnung als Intervenientin in den Rechtsstreit ein, bemerkte, daß es zu Rechtfertigung der Intervention keiner weiteren Bescheinigung bedürfe, daß die Schneiderinnung ein begründetes Interesse daran habe, das mehreren ihrer Mitmeister bestrittene Befugniß außer Zweifel gesetzt zu sehen, bat mit Beziehung auf die den Innungen zustehende Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand um Restitution und wendete gegen obigen Bescheid Recurs um deswillen ein,

1) weil den Schneidermeistern E. und Genossen darin das Krumpfen, insoweit solches durch besondere Maschinen, und namentlich auch durch Aufspannen des Stoffes auf eine Walze und Einführen von Wasserdämpfen, bewirkt werde, bei Strafe von 5 Thalern untersagt worden sei, und
2) weil nicht vielmehr der Bescheid die denuncirende Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnung mit ihrem Suchen, soweit es überhaupt auf das Krumpfen von Tuch und tuchähnlichen Stoffen gerichtet sei, abgewiesen und in die Kosten verurtheilt habe.

Die Impetranten bestritten in ihrer Refutationsschrift zuvörderst die Zulässigkeit der Intervention, indem sie bemerkten, eine interventio accessoria, wie solche die gegenwärtige nach Lage der Sache sei, sei

natürlich nur so lange möglich und wirksam, als der Beitritt des interveniens dem Hauptstreite noch nützlich sein könne, was hier nicht Platz ergreife; der Bescheid sei für die Impetraten längst in Rechtskraft übergegangen. Wenn gleichwohl die Schneiderinnung die Entscheidung durch Recurs zu alteriren und diesen Recurs in die Form einer Intervention einzukleiden versuche, so müsse man entgegenhalten, daß die Innung den Vorschriften der Erl. Proc.-Ordn. ad §. 15. zuwider, ihr Interesse an dem Rechtsstreite ganz unbescheinigt gelassen, auch sonst nicht ein damnum irreparabile nachzuweisen vermocht habe.

Die Entscheidung der Königl. Kreisdirection zu L., welche den Parteien am 7. Mai 1852 publicirt wurde, ging dahin:

> „daß die Intervention der Schneiderinnung Bl. — actor. für statthaft zu erachten, nicht minder auch der Intervenientin die Bl. — in Anspruch genommene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu versagen gewesen, nichtsdestoweniger und der eingewendeten Recurse ungeachtet aber der Bescheid Bl. —, indeß mit der Bl. — auf der — Zeile nach dem Worte „Contraventionsfall" zu bewirkenden Einschaltung „auch bei Vermeidung der Hinwegnahme des Decatir- und Krumpfapparates" zu bestätigen, die in der Recursinstanz erwachsenen Kosten jedoch zwischen der Intervenientin und der Impetrantin zu gleichen Theilen zu compensiren.

Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung in formeller Hinsicht, und soviel die ausgesprochene Zulässigkeit der Intervention der Schneiderinnung anlangt, genügt es, auf §. 1. ad tit. XV. der Erläuterten Proceßordnung hinzuweisen, da das Interesse der gedachten Innung an der vorliegenden Streitsache unläugbar als in continenti liquid zu betrachten war und es daher erst der Bescheinigung eines solchen keineswegs bedurfte. Ebensowenig war aber auch der Intervenientin, als Corporation, die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die in Beziehung auf die Impetraten eingetretene Rechtskraft der Entscheidung Bl. — zu versagen.

Was dagegen das Materielle der Sache betrifft, so ist in dieser Beziehung Folgendes zu bemerken:

I. Den Recurs der Intervenientin betr.

Die Schneiderinnung hat die vorliegende Gewerbstreitigkeit nach Bl. — hauptsächlich um deswillen zu der ihrigen gemacht und sich besonders aus dem Grunde durch den Bescheid Bl. — für beschwert erachtet, weil durch den letzteren ebenfalls das Krumpfen von Tuch und tuchähnlichen Stoffen, insoweit solches durch besondere Maschinen und namentlich auch durch Aufspannen des Stoffes auf eine Walze und Einführen von Wasserdämpfen bewirkt werde, der Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnung zugesprochen worden sei. Die Intervenientin hat sich dabei nach Bl. — auf eine Widerlegung des von dem Seiten des Stadtraths Bl. — befragten Sachverständigen abgegebenen Gutachtens eingelassen, zugleich eine Darlegung der Verschiedenheit der Manipulation und des Zweckes beim Decatiren und Krumpfen gegeben und dabei schließlich nach Bl. — auf Befragung anderer Sachverständigen angetragen.

Da in der Deductionsvorstellung der Recurrentin, abgesehen von der behaupteten Verschiedenheit zwischen dem Decatiren und Krumpfen hinsichtlich der technischen Verfahrungsweise, im Widerspruch mit dem Gutachten Bl. —, nach Bl. — hauptsächlich auf die ganz auf das Entgegengesetzte hinauslaufenden Zwecke beider technischer Operationen hingewiesen worden war, insofern nämlich, nach der Behauptung der Intervenientin, das Decatiren die Bestimmung haben solle, den Preßglanz auf dem Tuche oder Stoffe zu befestigen, das Krumpfen dagegen das Entnehmen dieses Glanzes bezwecke, diese auf die Sache von Einfluß erscheinende Frage aber allerdings der Beantwortung durch einen mit der mechanischen und technischen Seite der Sache wissenschaftlich vertrauten Experten bedurfte, so hat sich die Königliche Kreisdirection bewogen gefunden, durch Vermittelung der Königlichen Kreisdirection zu D. hierüber ein Gutachten eines unparteiischen Sachverständigen zu erfordern und darauf das in beglaubigter Abschrift anliegende Gutachten des Professors W. Stein zu D. empfangen.

Dieses Gutachten stimmt nun zwar mit den Behauptungen der Intervenientin insofern überein, als es anerkennt, daß das Krumpfen und Decatiren des Tuches als eine und dieselbe technische Operation nicht zu betrachten sei, allein es widerlegt ausdrücklich das Anführen der Schneiderinnung hinsichtlich des Zweckes beider Verrichtungen, indem es feststellt,

> daß Decatiren wie Krumpfen denselben Zweck verfolge, nämlich das Einlaufen und Fleckigwerden der Kleidungsstücke durch Regen und Näße überhaupt zu beseitigen,

insbesondere aber geht aus diesem Gutachten und der auf der — Seite desselben befindlichen Beschreibung der jetzt üblichen Verfahrungsweise beim Decatiren hervor, daß diejenige Operation, welche die Intervenientin nach Bl. — unter der Bezeichnung von „Krumpfen" den Impetraten und überhaupt den Mitgliedern ihrer Innung vindiciren will, näm-

lich das Einlassen von Dämpfen in einen blechernen, mit runden Löchern versehenen, nach der einen Seite zu offenen Cylinder oder Walze, um welche die betreffenden Stoffe gewunden sind, nichts Anderes ist, als die gegenwärtig fast allgemein gebräuchliche Methode des Decatirens, und hiermit stimmt auch eine der Königlichen Kreisdirection vorgelegene Entscheidung der höchsten Administrativjustizinstanz in Sachen der Tuchscheererinnung zu F. /. den Schneidermeister Seifert daselbst vom 13. October 1848 vollständig überein.

Die vorige Entscheidung erscheint daher in Rücksicht der Schneidermeister E., S., B. und Sch., welche nach ihren eigenen Zugeständnissen Bl. — die von der Intervenientin Bl. — für „Krumpfen" ausgegebene, so eben näher beschriebene Methode der Zubereitung des Tuches oder tuchähnlicher Stoffe zu ihrer demnächstigen Verarbeitung zu Kleidungsstücken in Anwendung gebracht haben, um so mehr gerechtfertigt, als darin eben das wirkliche Decatiren der gedachten Stoffe besteht und selbst von der Schneiderinnung nicht in Abrede gestellt wird, daß das Decatiren ausschließlich zum Arbeitsgebiet der Tuchscheerer und Tuchbereiter gehört.

Ebendasselbe gilt aber auch vermöge der Identität des Zweckes von dem Krumpfen der Tücher, insoweit dabei mechanische Apparate zur Hülfe genommen werden, da darin eben nichts Anderes erblickt werden kann, als eine neben dem Decatiren bestehende technische Operation zur vollständigen Zubereitung und Herrichtung der Tuche und tuchähnlicher Stoffe, bevor dieselben zur Verwendung durch die Schneider gelangen können, deren gewerbliche Thätigkeit lediglich auf die Verarbeitung des ihnen gehörig präparirt überlieferten Materials zu Kleidungsstücken beschränkt ist.

Wenn übrigens die Intervenientin Bl. — noch die Ansicht geltend zu machen sucht, daß den Mitgliedern ihrer Innung das Krumpfen um deswillen nicht verwehrt werden könne, weil dieselben solches unentgeldlich verrichteten, so kann dieser Einwand aus dem Grunde auf eine rechtliche Beachtung keinen Anspruch machen, weil die gewerbmäßige Verrichtung der in andere zünftige Beschäftigungen einschlagenden Arbeiten schon als ein Eingriff in eine fremde Gewerbssphäre zu betrachten ist, und darauf, ob solches gegen besondere Bezahlung geschieht oder nicht, etwas nicht ankommen kann, abgesehen übrigens davon, daß die Vergütung für diese Verrichtung als in dem Lohne für das Verfertigen der Kleidungsstücke mit inbegriffen angesehen werden muß und sonach die Behauptung der Recurrentin mit täglichen Wahrnehmungen geradezu im Widerspruche steht.

II. Den Recurs der Impetrantin betr.

Zunächst ist hier ein Irrthum zu berichtigen, in welchem die Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnung sich nach Bl. — insofern befindet, als dieselbe von der Ansicht ausgeht, daß das vorige Erkenntniß den Impetraten das Decatiren nur insoweit untersage, als es mit Anwendung besonderer Maschinen geschähe.

Eine solche Beschränkung enthält der Bescheid des Stadtraths Bl. — aber keineswegs, vielmehr geht aus dessen Eingang zweifellos hervor, daß das Decatiren unbedingt zum Arbeitsgebiet der Impetrantin gehöre, daher auch den Schneidern nicht gestattet sei, und nur in Rücksicht des Krumpfens hat die vorige Entscheidung die obenerwähnte Beschränkung eintreten lassen.

Wenn dagegen die Impetrantin nach Bl. — auch das Krumpfen ausschließend, wenn auch dabei irgend eine mechanische Verrichtung nicht zur Anwendung kommt, für sich in Anspruch nehmen und dabei namentlich der Schneiderinnung gegenüber geltend machen will, daß die gewerbliche Thätigkeit der letzteren in keinerlei Art der Zubereitung der Stoffe, sondern lediglich in deren Verarbeitung bestehe, so geht die Impetrantin in ihrer Anforderung offenbar zu weit.

Es ist hier zwischen solchen handwerksmäßigen Verrichtungen zu unterscheiden, welche vermöge der dabei in Anwendung kommenden mechanischen Hülfsmittel oder wegen ihrer technischen Beschaffenheit und Verbindung mit dem einem gewissen Gewerbe eigenthümlichen Arbeitsgebiet diesem, insofern es zünftig ist, unbezweifelt angehören. Von derartigen Verrichtungen sind natürlich alle diejenigen ausgeschlossen, welche zur Ausübung des betreffenden Gewerbes die erforderliche Berechtigung nicht besitzen. Etwas Anderes ist es dagegen in Ansehung solcher Arbeiten, welche, ohne jede technische Vorbildung, schon vermöge ihrer Einfachheit den Charakter der unzünftigen Verrichtungen an sich tragen.

Diese sind einem jeden zünftigen Verbietungsrechte entnommen, und dahin gehören unter andern diejenigen Vorkehrungen, welche die Schneidermeister T. und M. nach Bl. — mit den von ihnen zu verarbeitenden Tüchern gestandiger Maaßen vorgenommen.

Die in der vorigen Entscheidung ausgesprochene Beschränkung des Verbietungsrechts der Impetrantin in Rücksicht des Krumpfens rechtfertigt sich daher sowohl aus diesem allgemeinen Gesichtspunkte, als auch in specieller Beziehung auf die technische Beschaffenheit des Handwerks der Tuchscheerer und Tuchbereiter, und es ist daher demjenigen völlig beizupflichten, was der Bescheid des Stadtraths in Ansehung der obengenannten beiden Schneidermeister,

sowie gestalten Sachen nach des Schneidermeisters Z. erkannt hat.

Ebensowenig vermag Man die Bl. — erhobene Beschwerde, daß nur auf 5 Thaler —⁄— Strafe auf jeden Contraventionsfall und nicht auf 20 Thaler —⁄— erkannt worden, für begründet zu betrachten, da die Impetrantin ein specielles, nach Befinden auf landesherrlich confirmirte Specialartikel sich gründendes Recht auf eine höhere Strafandrohung nicht nachgewiesen hat, in einem solchen Falle aber dem Ermessen des erkennenden Richters überlassen ist, denjenigen Grad des Strafmittels zu wählen, welcher für den vorliegenden Fall geeignet erscheint.

Dagegen war zur Sicherstellung der Impetrantin gegen fernerweite Eingriffe der Impetraten in ihre Innungsgerechtsame die Wegnahme des Decatir- und Krumpfapparates bei nochmaligen Contraventionen in Aussicht zu stellen, da eine derartige Maaßregel allerdings das wirksamste und geeignetste Mittel ist, fernern Störungen der berechtigten Innungen vorzubeugen.

Bei der Beschaffenheit der Sache, und da die Impetrantin in ihrer Anforderung hinsichtlich der ausschließlichen Berechtigung zu der in Frage stehenden Verrichtung allerdings zu weit gegangen war, hat es billig geschienen, die durch die eingewendeten Rechtsmittel verursachten Kosten zwischen den Recurrentinnen zu gleichen Theilen zu compensiren."

Das technische Gutachten, auf welches in vorstehender Entscheidung Bezug genommen ist, lautet:

„Der Stadtrath zu D. hat mir die Aufforderung zugehen lassen, folgende von der Königlichen Kreisdirection zu D. behufs zu fassenden Beschlusses in einer zwischen der Tuchscheerer- und Tuchbereiterinnung zu L. und der Schneiderinnung daselbst über das Krumpfen und Decatiren des Tuches entstandenen Streitigkeit aufgestellte Frage:

> „ob und inwieweit das Decatiren und Krumpfen des Tuches als eine und dieselbe technische Manipulation zu betrachten sei und ebenso einen und denselben Zweck bei den zu Herstellung von Kleidungsstücken vorzubereitenden Tuchstoffen verfolge,"

gutachtlich zu beantworten.

Indem ich dieser Aufforderung hiermit entspreche, werde ich in Folgendem zuerst den Zweck des Krumpfens und Decatirens und die Einwirkung beider Verrichtungen auf das Tuch fest zu bestimmen suchen und dann das Verfahren in beiden Fällen speciell beschreiben. Voraus will ich hier nur bemerken, daß in sprachlicher Bedeutung das Wort „krimpen", aus welchem krumpen und krumpfen entstanden ist, „einschrumpfen", das Wort „decatiren" (decatir) aber „den Preßglanz (cati) benehmen" heißt.

1. Zweck des Krumpfens. Das Tuch erlangt seine Dichtheit durch das Walken, in Folge dessen eine Verkürzung und Verfilzung der Wollenfäden, zu gleicher Zeit aber auch eine vielfache Verschiebung derselben stattfindet. Theils um diese Verschiebung zu repariren, das Tuch fadengleich zu machen, theils um es einigermaaßen wieder zu verlängern, wird nun das Tuch nach dem Walken auf viereckige Rahmen ausgespannt, gereckt. Da die Verlängerung desselben im Interesse des Fabrikanten liegt, so wird es nie zu wenig, dagegen ohne Ausnahme in einem solchen Grade ausgedehnt, daß es bei späterem Befeuchten sich mehr oder weniger wieder zusammenzieht. Erfolgt die Befeuchtung nur an einzelnen Stellen, wie z. B. durch Regen, so findet eine partielle Zusammenziehung, eine Verzerrung statt.

Nach dem Recken wird das Tuch gerauht, geschoren, genoppt, gebürstet und endlich gepreßt, um ihm ein glattes und glänzendes Ansehen zu geben. Der Glanz entsteht dadurch, daß das Pressen zwischen ganz glatten „Preßspähnen" (Glanzpappen) und so geschieht, daß durch eingeschobene erwärmte eiserne Platten eine Erwärmung des Tuches gleichzeitig stattfindet, wodurch das Haar auf der Oberfläche sich dicht und gleichmäßig niederlegt. Sobald jedoch ein solches Tuch befeuchtet wird, richten die Haare sich wieder auf, der Glanz verschwindet in Folge davon, und wenn die Befeuchtung nur an einzelnen Stellen stattfand, wie z. B. durch Regentropfen, so entstehen Flecke.

Um der Verzerrung und dem Fleckigwerden des Tuches durch Regen und Näße überhaupt bei seiner Benutzung als Kleidungsstück vorzubeugen, hat man in früherer Zeit dasselbe vor der Verarbeitung durch den Schneider gleichförmig befeuchtet, was man das Krimpen oder Krumpen nannte, dessen Zweck sonach das Einlaufenlassen des Tuches und die Entfernung des Preßglanzes war.

2. Zweck des Decatirens. Durch die vorbeschriebene Handlung verlor das Tuch an Ansehen, indem es seinen Glanz einbüßte. Der Wunsch, diesen, bei gleichzeitigem Einlaufenlassen, zu erhalten, aber dabei dauerhaft zu machen, veranlaßte Versuche, welche die Entdeckung zur Folge hatten, daß das Tuch, wenn man es im gepreßten Zustande der Wirkung heißen Wassers oder des Wasserdampfes aussetzt, nicht blos einläuft, sondern auch einen durch Wasser nicht mehr zerstörbaren Glanz annimmt. Dieses im Jahre 1822 in Frankreich erfundene Verfahren wurde „das Decatiren, decatissage" oder

auch „die Dampfkrumpfe" genannt, während man nun das ältere Verfahren zum Unterschiede „die Wasserkrumpfe" nannte. Daß der Zweck des Decatirens derselbe sei, wie der des früheren Krumpfens, geht schon aus dieser Benennung hervor, es kann dies aber auch an und für sich keinem Zweifel unterliegen, da die Anwendung des Decatirverfahrens das Krumpfen völlig überflüssig macht, was nicht möglich wäre, wenn nicht durch das Decatiren derselbe Zweck erreicht würde, wie durch das Krumpfen.

3. Verfahren beim Krumpfen. Dasselbe war von zweierlei Art; entweder wurde das Tuch in Wasser eingetaucht und, nachdem es gleichmäßig befeuchtet war, auf einen Rahmen (ohne es zu recken) ausgespannt, getrocknet, oder es wurde zusammengelegt, mit nassen Tüchern geschichtet, gepreßt.

4. Verfahren beim Decatiren. Beim Decatiren handelt es sich, wie aus dem früher Gesagten hervorgeht, darum, das Tuch der Einwirkung des heißen Wassers oder des Wasserdampfes bei gleichzeitiger Pressung desselben auszusetzen. Man kann diese Absicht auf verschiedene Weise erreichen, in der Hauptsache aber verfährt man auf zweierlei Art: a) man hat einen eisernen Kasten, welcher mit einer fein durchlöcherten kupfernen Platte bedeckt ist. Auf diese wird zuerst grobe Leinwand und darauf das Tuch gelegt, oben kommt ein Bret und auf dieses wirkt eine Schraubenpresse, anfänglich mit geringerer, später mit größerer Kraft. Während des Pressens wird in dem eisernen Kasten entweder Wasser kochend gemacht, dessen Dämpfe durch die Löcher der kupfernen Platte in das Tuch eindringen, oder statt dessen steht der Kasten mit einem Dampfkessel in Verbindung, der den erforderlichen Dampf liefert; b) man hat eine hohle Walze von Messing- oder Kupferblech (Weißblech würde auch verwendet werden können, ist aber von geringerer Dauer), welche an ihrer Peripherie fein durchlöchert ist. Auf diese wird zuerst grobe Leinwand, dann sorgfältig und straff das Tuch und über dieses wieder Leinwand, schließlich durch hänfene Gurte befestigt, aufgewunden. Die so vorgerichtete Walze wird nun entweder in heißes Wasser eingetaucht, was jedoch nur wenig in Anwendung kommt, oder in einen Kasten eingehängt, in welchen man aus einem Dampfkessel Dampf einströmen läßt. In allen Fällen wird das Tuch, indem es durch die Wirkung der Feuchtigkeit einläuft, stark über die Walze gespannt und preßt sich dadurch von selbst.

Aus den angeführten Beschreibungen des Verfahrens beim Krumpfen und Decatiren ergiebt sich nun zwar, daß diese beiden nicht als eine und dieselbe technische Manipulation zu betrachten sind; es beruht jedoch ihre wesentliche Verschiedenheit nicht in der Anwendung verschiedener Maschinen und Geräthschaften, sondern einzig und allein darin, daß beim Krumpfen kaltes Wasser, beim Decatiren dagegen heißes Wasser oder Wasserdampf benutzt wird.

Kurz gefaßt, würde nach diesem Allen die Beantwortung der von der Königlichen Kreisdirection gestellten Frage so lauten:

> Das Krumpfen und Decatiren des Tuches sind nicht als eine und dieselbe technische Operation zu betrachten, beide verfolgen jedoch denselben und zwar den Zweck, das Einlaufen und Fleckigwerden der Kleidungsstücke durch Regen und Nässe überhaupt zu beseitigen.

Dresden, am 11. September 1851.

W. Stein,
Prof. der Chemie."

Gegen die obige Entscheidung zweiter Instanz wendete die Schneiderinnung Recurs ein. Die hierauf von dem Königl. Ministerium des Innern unter dem 4. August 1852 ertheilte Entscheidung lautete folgender Maaßen:

„Das Ministerium des Innern *hat auf den* Recurs der Schneiderinnung ꝛc. ꝛc. in collegialischer Zusammensetzung nach §. 18. des Gesetzes D. vom 30. Januar 1835 entschieden:

> daß die angefochtene Entscheidung der Kreisdirection lediglich zu bestätigen, die Kosten aber anderweit zu compensiren.

Die Gründe für den materiellen Theil der Entscheidung hat die Kreisdirection so vollständig und in einer mit den vorliegenden technischen Gutachten sowohl, als früheren Entscheidungen des Ministeriums so übereinstimmenden Weise entwickelt, daß denselben nichts hinzuzufügen ist. Nur was den von der Schneiderinnung wiederholt vorgebrachten, in den Entscheidungsgründen nicht berührten Umstand anlangt, daß die Schneider das Decatiren für ihren eigenen Bedarf darum in Anspruch nehmen müßten, weil die Tuchbereiter den Anforderungen, die sie an diese Arbeit zu machen hätten, nicht entsprächen, so kann zwar hier, wo es sich um Entscheidung über das Arbeitsgebiet der Tuchbereiter handelt, auf diese, obenein nur ganz allgemein aufgestellte Behauptung nichts ankommen. Die Erwiderung der Tuchbereiter auf jenen Einwand aber, daß die Schneider — welche doch insoweit die Kunden der Tuchbereiter sind — darüber, ob die Tuchbereiter ihre Arbeit gut oder schlecht, zweckmäßig oder unzweckmäßig ausführen,

ein Urtheil zu fällen weder fähig noch berechtigt seien, ist völlig unangemessen, da der Umstand, daß die sämmtlichen Mitglieder einer Innung den Bedürfnissen des Publikums rücksichtlich einer in ihr Arbeitsgebiet schlagenden Arbeit factisch nicht genügen, nach Umständen allerdings zu der administrativen Erwägung führen kann, ob nicht dem vorliegenden Bedürfnisse durch zu gestattende Ausnahmen oder sonst abzuhelfen sei. Die Verpflichtung, sich technisch zu vervollkommnen und den Bedürfnissen und Wünschen des Publikums zu genügen, kann keine Innung von sich abweisen, sie hat sich sonst selbst zuzuschreiben, wenn aus höheren Rücksichten von der obern Verwaltungsbehörde ihr Verbietungsrecht durch die im Interesse des Publikums nöthigen Ausnahmen geschmälert wird.

Die anderweite Compensation der Kosten rechtfertigt sich von selbst dadurch, daß die Entscheidung der Kreisdirection allerdings eine für die Schneiderinnung gravirliche Abänderung enthält."

---

## 90.

**Die Ansicht mehrerer Rechtslehrer, daß gegen den Ablauf der Verjährungsfrist keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattfinde, bezieht sich nur auf die gewöhnliche Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen. — Ein in der Conventionssache erlangtes Hülfsrecht verpflichtet den Widerbeklagten noch nicht, auf die Widerklage sich einzulassen.**

Mitgetheilt von
Herrn Adv. H. in M.

Unter dem 15. Mai 1846 stellte die verehel. L. zu L. unter Beitritt ihres Ehemannes dem Webermeister B. daselbst eine Schuldverschreibung über 100 Thlr. —⁄ —⁄ baar empfangenes Darlehn aus. Nach dem am 23. Januar 1849 erfolgten Ableben der verehel. L. forderte B. auf Grund dieser Urkunde das Darlehn der 100 Thlr. —⁄ —⁄ von deren unmündigem Erben, und ließ, nach vorausgegangener Verurtheilung des Letzteren, in einen demselben gehörigen hypothekarischen, in Terminen fälligen Außenstand, welcher die Forderung vollkommen deckte, die Hülfe vollstrecken.

Der Vormund des unmündigen L. machte hierauf im Monat October 1851 im Wege der Widerklage die exceptio non numeratae pecuniae geltend und trug, unter Berufung auf das gegen die Versäumniß an der in der 23sten Decision vom Jahre 1746 für den Eidesantrag nachgelassenen Frist dem Unmündigen zustehende beneficium restitutionis, über den Inhalt der Widerklage den Eid an.

Widerbeklagter wollte auf die Widerklage sich nicht einlassen, weil Widerkläger in der Conventionssache noch nicht Zahlung geleistet, und bestritt zugleich die Zulässigkeit der rücksichtlich des Beweismittels erbetenen Restitution.

Das Königliche Spruchcollegium erkannte hierauf am 21. April 1853:

es sei dem Widerkläger die erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der in der 23sten Decision vom Jahre 1746 vorgeschriebenen 5jährigen Frist, innerhalb deren der Eidesantrag zum Nachweis der exceptio non numeratae pecuniae gestattet gewesen, nicht zu versagen, da diese Frist zu einer Zeit abgelaufen sei, zu welcher der Pflegebefohlene des Widerklägers an die Stelle seiner verstorbenen Mutter, der Ausstellerin der Urkunde, getreten, die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes auch den Erben des Ausstellers zu Statten komme,

cfr. l. 8. C. de non num. pec. (4. 30.)

und die 5jährige Frist ebensowenig wie das römische biennium gegen Minderjährige laufe,

cfr. l. 5. C. in quib. caus. rest. in integr. (2. 41.)

l. 14. C. de non num. pec. (4. 30.)

Unterholzner, im Archive für civilistische Praxis, Bd. 7. S. 33. und 42.

indem insbesondere die Ansicht mehrerer sächsischer Rechtslehrer, daß dem Unmündigen gegen den Ablauf der Verjährungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu ertheilen sei, sich lediglich auf die gewöhnliche Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen, nicht aber auf kurze Verjährungsfristen, welche für specielle Verhältnisse bestimmt sind, sich beziehe;

vergl. Bauer, Erläuter. zur 23sten Decision, §. 11. Bd. 2. S. 68.

Roux, über die Verjährung gegen Unmündige, in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 6. S. 306.

hiernächst bestreite Widerbeklagter seine Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Widerklage mit Unrecht, da zu Deckung der in der Convention ausgeklagten Summe die Hülfe in einen dem Mündel des Widerklägers gehörigen Außenstand legal vollstreckt worden sei, und hierdurch Widerbeklagter nach Maaßgabe des §. 59. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 die Rechte eines Cessionars und mit Hinblick darauf, daß er zur Einhebung des gedachten Activi zu dessen

Verfallzeit nach Höhe des Schuldbetrags berechtigt, zur Zeit Befriedigung erlangt habe.

Dieser letzteren Ansicht schlossen sich jedoch die zweite und die dritte Instanz nicht an, das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig bemerkte in dem Erkenntnisse vom 1. October 1853:

die Hülfsvollstreckung in den fraglichen Außenstand gewähre nur ein Object für die künftige Befriedigung, mithin nur die Aussicht auf eine bevorstehende Zahlung, und könne einer bereits geleisteten Zahlung, wie sie die Erl. Proc.-Ordn. ad tit. VI. §. 1. erfordere, nicht gleich geachtet werden,

und das Königliche Oberappellationsgericht machte unter Verweisung auf

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 8. S. 385 flg.

in dem Erkenntnisse vom 5. Januar 1854 noch darauf aufmerksam,

daß die erwähnte Hülfsvollstreckung dem Widerbeklagten an sich nicht ein Eigenthum, sondern nur ein Pfandrecht an dem dem Unmündigen gehörigen Außenstande gewähre, in dessen Folge er aus dem Hülfsobjecte durch Vermittelung des Proceßrichters seine Befriedigung zu empfangen habe.

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 6. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 42. Decret wegen Verlängerung des Banknotenprivilegiums und wegen Bestätigung eines Nachtrags zu den Statuten der landständischen Hypotheken-, auch Leih- und Sparbank für das Königlich Sächsische Markgrafthum Oberlausitz; vom 15. April 1854. No. 43. Verordnung, die Verwendung gesundheitsschädlicher Farben zu Kinderspielwaaren betreffend; vom 6. Juni 1854. No. 44. Verordnung zu Bekanntmachung der mit der Kurfürstlich Hessischen Regierung getroffenen Uebereinkunft wegen kostenfreier Erledigung von Requisitionen in Criminal- und Polizeistraffällen; vom 27. Mai 1854. No. 45. Verordnung, die Bestellung von Commissarien zu Leitung der Landtagswahlen betreffend; vom 8. Juni 1854. No. 46. Bekanntmachung, den Beitritt des Großherzogthums Baden zum Deutsch-Oesterreichischen Telegraphenvereine betreffend; vom 13. Juni 1854. No. 47. Verordnung, die Einschärfung des Verbots wegen Einbringung ausländischer Spielkarten betreffend; vom 3. Juni 1854. No. 48. Verordnung, den Wildpretsverkauf betreffend; vom 19. Juni 1854. No. 49. Bekanntmachung, die Advocatenimmatriculationen betreffend; vom 20. Juni 1854. — Letzte Absendung: am 28. Juni 1854.

Das 7. Stück desselben Gesetz- und Verordnungsblattes enthält: No. 50. Verordnung, die Rückzahlung ungültig gewordener Schiffspatente betreffend; vom 20. Juni 1854. No. 51. Verordnung, die Einführung von Dienstbüchern für die Schiffsmannschaften bei der Elbschifffahrt betreffend; vom 20. Juni 1854. No. 52. Verordnung, die Nachtsignale für die Dampfschiffe auf der Elbe betreffend; vom 20. Juni 1854. No. 53. Decret wegen Bestätigung der Sparcassenordnung für die Stadt Bernstadt; vom 30. Mai 1854. No. 54. Verordnung, die Erhöhung des bisherigen Steuersatzes für Branntwein aus mehligen Stoffen, ingleichen des Eingangszolls für Hefe betreffend; vom 28. Juni 1854. No. 55. Verordnung, das Kalkmaaß betreffend; vom 20. Juni 1854. No. 56. Bekanntmachung, die Reclamationsinstanz für das Telegraphenbureau zu Zittau betreffend; vom 28. Juni 1854. — Letzte Absendung: am 15. Juli 1854.

**Immatriculation von Advocaten.** Bei dem Ministerium der Justiz sind im Laufe der ersten Hälfte des Jahres 1854 folgende Rechtscandidaten als Advocaten immatriculirt worden:

Karl Theodor Fasoldt, Johann Clemens Alex. Friedrich Julius Lippold, Karl Herrmann Zum zu Dresden,

Otto Börner zu Freiberg,

Eduard Herrmann Ullrich zu Chemnitz,

Eduard Wimmer und Karl Heinrich zu Borna,

Clemens Gustav Schedlich zu Crimmitzschau,

Ernst Moritz Grützmann zu Wurzen,

Joseph Julius Tscharmann, Johannes Robert Kruppendorf, Oskar Bruno Thiermann, Christian Julius Tietz und Julius Herrmann Scharf zu Leipzig,

Adolph Karl Friedrich Woldemar Roch zu Bischofswerda,

Heinrich August Feurich zu Wechselburg,

Wilhelm Gustav Dietel zu Plauen,

Alexander August Riedel zu Pomßen,

Otto Leonhardi zu Waldenburg,

Gustav Theodor Munde zu Reichenbach.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 43.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 91.

1. Der Maiaufstand in Dresden im Jahre 1849 ist als ein Kriegszustand anzusehen. — 2. Inwieweit ist der Staatsfiscus zum Ersatz der Schäden verpflichtet, welche das Militär während des und nach dem Maiaufstande Privatpersonen zugefügt hat?

Mitgetheilt von

Herrn **G.** in D.

Mitte des Jahres 1850 erhob der Pachter des Kammerguts Ostra in Dresden, Carl Martin P., gegen den Staatsfiscus im Königreiche Sachsen eine Klage folgenden wesentlichen Inhalts: Er habe das gedachte Kammergut von Johanni 1844 bis dahin 1856 vom Staatsfiscus erpachtet, als bei Gelegenheit des Maiaufstandes sächsische und später auch preußische Truppen das mitten in den zu dem Kammergute Ostra gehörigen Feldern gelegene Pulverlaboratorium seit dem 3. Mai 1849 bis zum August, ja October desselben Jahres besetzt gehalten und durch militärische Evolutionen, Erbauen einer Barake ꝛc. die gedachten anliegenden Felder verwüstet und ihn an deren Bebauung gehindert hätten; dadurch sei ihm ein (näher specificirter) Schaden von 900 Thlrn. —ˢ —ˢ erwachsen, den er, bei der Weigerung der Administrativbehörde, einklagen müsse. Der Staatsfiscus excipirte dagegen, daß der Maiaufstand ein bellum internum gewesen sei und Kläger in seinem Pachtcontracte ausdrücklich die Tragung von Kriegsschäden übernommen habe. Das Nähere ergeben die Entscheidungen.

Das Königl. Appellationsgericht zu Dresden wies die Klage unterm 9. August 1851, insoweit Ersatz der in den Tagen vom 3. bis 9. Mai entstandenen Schäden gefordert worden war, in der angebrachten Maaße ab und erkannte im Uebrigen auf Beweis des Klaggrundes; die Gründe dieser Entscheidung waren folgende:

„Der Kläger hat von dem Beklagten auf die Jahre 1844 bis mit 1856 die Oekonomie des sogenannten Ostravorwerkes zu Dresden erpachtet und übergeben erhalten. Zu den erpachteten Grundstücken gehören auch die Bl. — verzeichneten, in deren Mitte das dem Staate gehörige Pulverlaboratorium sich befindet, welches jedoch dem Kläger nicht mit verpachtet ist. Während des Maiaufstandes des Jahres 1849 und schon vom 3. Mai an ward das Laboratorium von Militär besetzt, von Cavallerie und Infanterie, es ward Munition angefahren und abgefahren; dadurch sind, wie Kläger anführt, seine um das Laboratorium liegenden Pachtfelder zertreten und zerfahren, auch ist, wie vom Kläger weiter erwähnt wird, eine Barake zum Schutze des Militärs gegen das Wetter auf diesen Feldern erbaut worden.

Der Kläger, der um Ersatz seines hierdurch ihm verursachten Schadens an das Kriegsministerium sich gewendet hat, von diesem jedoch auf den Rechtsweg verwiesen worden ist (s. pct. lit. cont. — Bl. —), erhebt rechtliche Klage wegen dieser Schäden, die er auf 900 Thlr. —ˢ —ˢ quantificirt, und stützt sich zu deren Begründung theils auf die oben dargestellten Thatsachen, die von dem Beklagten pct. lit. cont. — — — Bl. — jct. Bl. —, mit Ausnahme dessen, was Kläger über das Zertreten und Zerfahren der Felder angeführt hatte, eingeräumt werden, theils

auf folgende, pct. lit. cont. — bis — Bl. — geleugnete und auf Beweis gestellte Anführungen: er habe die gedachten Feldstücken theils mit Kartoffeln, Klee oder Dotter bestellt, theils zur Auslegung von Kartoffeln vorgerichtet gehabt, als das Militär zum Schutze des Laboratoriums dort angekommen sei; die Grundstücken seien auf Befehl des Kriegsministeriums Anfangs von sächsischen, später von preußischen und sächsischen Truppen occupirt worden und bis zum October 1849 occupirt geblieben, es seien dieselben auch durch die Munitionswagen befahren, und es seien auf denselben militärische Evolutionen und Exercierübungen veranstaltet, dadurch seien aber die Felder dergestalt verwüstet worden, daß er theils durch die entbehrte Nutznießung des Jahres 1849, theils durch die erschwerte Wiedervorrichtung der Felder zur Nutznießung auf das Jahr 1850, die nur durch jene Militärmaaßregeln herbeigeführt worden, jene Bl. — speciell berechneten Schäden erlitten.

Zu rechtlicher Begründung der Klage bezieht er sich auf die Bestimmungen der l. Aquilia (s. Bl. —), auf §. 31. der Verfassungsurkunde (Gesetzsammlung vom Jahre 1831. S. 248.) und auf §. 7. und 8. der Ordonnanz vom 7. December 1837, sowie auf die Ausführungsverordnung dazu §. 2. (Gesetz- und Verordnungsblatt vom Jahre 1837. S. 143. 171 f.)

Der Beklagte bezweifelt die Anwendbarkeit dieser rechtlichen Grundsätze Bl. — — unter Nr. 2. und 3., indem er sagt, die Schäden, deren Ersatz der Kläger fordert, seien zufällige, nämlich durch einen innern Krieg entstandene, nach §. 19. des Pachtvertrags habe der Beklagte auf den Anspruch auf Ersatz von Kriegsschäden verzichtet, und Beklagter verlangt die Abweisung der Klage. Der Kläger dagegen bestreitet Bl. —, daß es hier um zufällige, insbesondere um Schäden, die durch Krieg erwachsen seien, sich handele, wiewohl er die Bestimmung in §. 19. des Pachtvertrags, die Bl. — wörtlich gegeben ist, Bl. — nicht bezweifelt.

Die rechtlichen Ansichten der Parteien über die Statthaftigkeit der Klage erscheinen nun blos zum Theil richtig, zum Theil dagegen unrichtig. Nothwendig müssen die zu Begründung der Klage erzählten Vorgänge, durch welche die Schäden sollen herbeigeführt worden sein, je nachdem sie vor dem 10. Mai oder seit diesem bis zum October 1849 sich zugetragen haben, unter zwei verschiedene Gesichtspunkte gestellt werden.

Der am 3. Mai 1849 begonnene und am 9. desselben Monats beendigte Waffenkampf der Regierung Sr. Majestät des Königs von Sachsen und des von ihr geführten Militärs gegen die damaligen Aufständischen war ohne Zweifel in den hier fraglichen privatrechtlichen Beziehungen als ein Krieg zu betrachten; denn bekanntlich beschränkt sich der Begriff des Kriegs nicht, wie Kläger Bl. — geltend machen will, auf den Kampf des einen Volkes mit dem andern Volke, auf den Kampf mit dem auswärtigen Feinde, vielmehr ist dieser Kampf nur die eine species des Kriegs, nämlich das bellum externum, und diesem entgegengesetzt ist das bellum internum seu civile oder der Waffenkampf in dem Innern eines Staates, also zwischen der bestehenden Regierungs- und Kriegsgewalt auf der einen, ingleichen einer aus dem Volke gegen Jene aufgestandenen Partei auf der andern Seite.

s. Grotius, de jure belli et pacis, lib. I. cap. 3.

Ein Kampf der letzten Art war aber ohnstreitig der vom 3. bis 9. Mai 1849 zu Dresden gekämpfte.

Alles, was die Regierung zum Zwecke, ein ihr günstiges Ende dieses Kampfes herbeizuführen, durch ihre Organe that, kann nicht als eine freiwillig von ihr ausgegangene, sondern muß als eine von ihren Gegnern, den Insurgenten, ihr abgenöthigte Handlung angesehen, und der aus solchen Handlungen für dritte Personen entstandene Schaden muß, und zwar selbst in dem bei vorliegendem Processe einschlagenden Falle, wo der Dritte mit der Regierung in einem Vertragsverhältnisse steht, als ein zufälliger, insbesondere als ein wirklicher *Kriegsschaden* betrachtet werden. Haben nun die Organe der Regierung während des Maikampfes für nothwendig befunden, das obenerwähnte Pulverlaboratorium militärisch zu besetzen, deshalb einen Lagerplatz auf den Feldern um das Laboratorium herum zu halten, über die Felder Munition ab- und zuzufahren, oder wohl auch das Militär durch Exercitien in Uebung des Dienstes halten zu lassen, so muß Man Alles dies für abgedrungene Kriegshandlungen, und die dadurch dem Kläger erwachsenen Schäden für Kriegsschäden ansehen; und wie nun der Kläger nach §. 19. des Pachtvertrags Ersatz von Kriegsschäden niemals von dem Beklagten, seinem Verpachter, fordern kann, so erscheint die erhobene Schädenklage, soweit sie auf die Vorgänge vor dem 10. Mai 1849 gebaut ist, als unschlüssig, und mußte daher zurückgewiesen werden.

Anders dagegen ist es mit der Klage, soweit sie die angeblich durch die spätern Vorgänge herbeigeführten Schäden betrifft. Insoweit war die Klage als schlüssig zu erachten und auf deren Beweis zu sprechen. Mit der Besiegung der Insurgenten, die unbestritten am 9. Mai 1849 bewerkstelligt war, hörte der innere Krieg auf, die Regierung erklärte zwar noch an demselben Tage den Kriegszustand, der über das ganze Königreich verhangen wurde;

doch ist hierin nicht die Fortdauer des innern Kriegs oder wohl gar die neuerliche Begründung eines solchen zu finden, wie der Beklagte solches meint, vielmehr ist mit jener Erklärung der Regierung nichts Anderes gethan, als der Uebergang der Civilfunctionen (insoweit sie nicht den Civilbehörden vorbehalten wurden) auf die Militärbehörden bis auf Widerruf bestimmt worden,

s. Maurenbrecher, deutsch. Staatsrecht. (Frankfurt a. M. 1837.) §. 186. not. n.

also die Einführung des sogenannten bewaffneten Friedens in dem Vaterlande zu erkennen. Es ist möglich, ja es ist vielleicht wahrscheinlich, daß es in präventiver Hinsicht erforderlich gewesen ist, das Laboratorium noch ferner militärisch besetzt zu halten, einen militärischen Lagerplatz in der Nähe des Laboratoriums zu haben, die Soldaten zu exerciren, zur militärischen Schulung der Pferde eine Reitbahn anzulegen. — Alles aber kann, da nun einmal diesen Handlungen der Begriff des Kriegs nicht zur Seite steht, als Kriegshandlung nicht angesehen, sondern nur für Handlung im Frieden betrachtet, und der daraus entstandene Schaden kann nicht für Kriegsschaden gehalten werden.

Der Kläger konnte daher die Vergütung dieses Schadens auf Grund der allerdings hier einschlagenden, bereits oben citirten Bestimmungen der Verfassungsurkunde und der Ordonnanz vom Jahre 1837, von denen Jene keineswegs, wie Beklagter Bl. — meint, auf eigentliche Expropriationen zu beschränken ist — und zwar zunächst im Administrativjustizwege —, fordern.

Hat er nun bei den Verwaltungsbehörden, wie der Beklagte zugesteht, insofern vergeblich Anregung gethan, daß ihm lediglich überlassen worden, gegen den Staatsfiscus den Rechtsweg (durch Anstellung förmlicher Klage bei dem Appellationsgericht zu Dresden) zu betreten, und fordert er jetzt den Ersatz seiner Schäden von dem Beklagten, und zwar in des letztern Eigenschaft als Verpachter, so kann dieser die Zurückweisung auch dieses Theiles der Klage mit Berufung auf §. 19. der Pachturkunde keineswegs fordern; denn der Schaden, insofern ein solcher noch nach beendigtem Kampfe verursacht worden ist, erscheint keineswegs als ein zufälliger, vielmehr als ein durch Handlungen des Verpachters selbst — denn der Staat ist der Verpachter, und der Staat ist auch der Urheber jener Schäden, sofern der Kläger seine Behauptungen beweist — verursachter, und es finden daher allerdings die Grundsätze der actio ex l. Aquilia utilis im Fragefalle vollständige Anwendung.

Noch hat der Beklagte Bl. — unter Nr. — gesagt, der Kläger habe den Umfang des angeblich beschädigten Areals, sowie des Schadens selbst, zu groß angegeben. Es kann begreiflich hierin ein Grund zur Zurückweisung der Klage nicht, sondern nur ein partielles Leugnen des Klaggrundes gefunden werden, dessen Erledigung in das Beweisstadium gehört. In dieses ist auch das Bl. — geschehene eventuelle Erbieten des Klägers zum Schätzungseide zu verweisen."

Gegen dieses Erkenntniß leuterten beide Theile und warteten den Leuterungsprosecutionstermin ab, als der Sachwalter Klägers dessen inmittelst erfolgten Tod und in Folge davon die Erlöschung seiner Vollmacht anzeigte. Das Verfahren ward daher sistirt, und beide Theile versäumten sich an der Leuterungsprosecution. Nach länger als Jahresfrist trug der Procurator des Staatsfiscus auf Fortstellung der Sache an, überreichte den Prosecutionssatz und bat für sich um Gewährung der Restitution, wogegen des Klägers Erben an ihrem Prosecutionssatz sich versäumt hätten. Diese widersprachen dem gegnerischen Restitutionsgesuch, weil unter ihnen Minorenne seien und daher der Satz privilegiatus contra aeque privilegiatum etc. Anwendung leide, baten indeß eventuell gleichfalls um Restitution.

Darauf erkannte das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig am 20. August 1853, unter theilweiser Reformirung der Entscheidung erster Instanz, auf den Beweis der ganzen Klage und compensirte die Instanzkosten aus folgenden Gründen:

„A.

Die Formalien der beiderseitigen Leuterungen betr.

Obschon sich beide Parteien, nachdem sie nach Bl. — und — die Leuterungen rechtzeitig interponirt, und nach Bl. — in dem Prosecutionstermine richtig erschienen, an Absetzung des Verfahrens versäumt, so ist doch, da theils dieses Versäumniß nach §. 16. jct. 35. des Mandats vom 30. März 1822 der Wirksamkeit der Rechtsmittel an sich nicht präjudicirt, theils auf die beiderseitigen Restitutionsgesuche Bl. — und —, deren letzterem übrigens, soweit unter den Klägern Minorenne befindlich, der Bl. — angezogene Grundsatz: „privilegiatus etc." nach klarer Vorschrift der Erl. Proc.-Ordnung ad Tit. IX. §. 4.

cfr. Griebner, Discurs ad h. l. s. v. Aeque privilegiatus,

nicht entgegensteht, Bl. — salvo jure anderweiter Prosecutionstermin bereits anberaumt, dieser Bl. — abgewartet, und das Verfahren Bl. — und — abgesetzt ist, nunmehr keine Veranlassung vorhanden gewesen, über sothane Versäumnisse und die gebetene

und den Parteien bereits factisch zu Theil gewordene Restitution in dem Erkenntnisse Etwas zu bemerken.

B.

Die Materialien betr.

I.

Ad Reformatoriam.

Die von den Parteien in dem Verfahren und von der ersten Instanz in den Rationen Bl. — hauptsächlich behandelte Frage ist die, ob die Schäden, deren Vergütung Kläger fordern, als Kriegsschäden oder als solche Schäden zu behandeln seien, welche einer außerhalb des Begriffes eines Krieges liegenden Thätigkeit der Staatsverwaltung ihren Ursprung verdanken.

Hierbei ist es zunächst, wie auch von der ersten Instanz Bl. — angedeutet worden, ganz einflußlos, was §. 19. der Urkunde über das zwischen dem Erblasser der Kläger und dem Staatsfiscus geschlossene Pachtverhältniß in Betreff der Vergütung von Kriegsschäden besagt. Denn theils handelt es sich keineswegs um Ersatz von Kriegsschäden in dem Sinne, wie solcher bei einem Pachtvertrage, ganz abgesehen davon, wer der Verpachter ist, in Frage kommt, theils würde, wenn auch von solchen die Rede sein könnte und diese Vertragsbestimmung des §. 19. nicht vorläge, schon nach allgemeinen Grundsätzen

Generale, die den Pächtern wegen Kriegsschäden von den Verpachtern zu gewährende Entschädigung betr., vom 26. Mai 1810. §. 5. verb.: Was aber ꝛc. (III. C. C. A. L. pag. 239.), verbunden mit Dec. XX. de ao. 1746.

hierunter den Klägern, als Pachtern, gegen den Staatsfiscus, als Verpachtern, in dem concreten Falle ein Anspruch nicht zustehen. Vielmehr handelte es sich lediglich darum, ob der Fiscus die in der Klage bemerkte Beeinträchtigung des dem Erblasser der Kläger zuständig gewesenen Fruchtgenusses seiner von dem Militär occupirten Pachtfelder aus dem Grunde zu vergüten habe, weil und soweit sie Folge der Bl. — beschriebenen, der Natur der Sache nach im Zweifel von der competenten Militärbehörde angeordneten militärischen Maaßregeln gewesen ist. In dieser Beziehung hat die erste Instanz unterschieden zwischen dem Zeitraume vom 5. bis 10. Mai 1849 und dem, welcher sich von da an bis in die Herbstmonate desselben Jahres erstreckt hat. Sie hat die Klage, soweit sie sich auf die in dem ersteren Zeitraume erwachsenen Schäden bezieht, in der angebrachten Maaße abgewiesen, dagegen wegen der auf den zweiten Zeitabschnitt bezüglichen, auf Beweis der Klage erkannt: Ersteres um deswillen, weil die Staatsregierung die bis mit dem 9. Mai 1849 getroffenen militärischen Maaßregeln nicht freiwillig, sondern in Folge eines inneren Krieges getroffen habe, somit aber sie zu Vertretung der hierbei für Privaten entstandenen Eigenthumsbeschädigungen nicht verantwortlich sei, Letzteres, da anzunehmen sei, daß mit dem 9. Mai der innere Krieg, durch Unterdrückung des Aufstandes, zu dessen Beseitigung er geführt worden, seine Endschaft erreicht gehabt.

Die gegenwärtige Instanz vermag zunächst nicht die Auffassung des Zustandes bis mit dem 9. Mai als die eines inneren Krieges zu theilen. Sie hat sich diese Ansicht bereits in dem Bl. — angezogenen Falle, wo es nicht erforderlich gewesen, auf jene Frage näher einzugehen,

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1852 pag. 304. sub IV.

reservirt, und kann sich auch bei nochmaliger Prüfung der Sachlage von der Haltbarkeit der entgegenstehenden, beziehendlich a. a. O. S. 305 flg. des weiteren entwickelten Auffassung nicht überzeugen.

Daß es sich um einen eigentlichen Krieg, ein sogenanntes bellum externum gehandelt, wird von keiner Seite angenommen.

Allein auch der Annahme eines sogenannten bellum internum dürften folgende Erwägungen entgegenstehen:

Man will ganz dahin gestellt sein lassen, ob die bemerkte Begriffseintheilung im Allgemeinen eine gerechtfertigte ist, und ob wenigstens Fälle der Art, daß in einem Staate zwei, wenigstens sich anscheinend gleichberechtigt entgegenstehende Parteien, z. B. wegen Ungewißheit des Successionsrechtes verschiedener Prätendenten, sich mit den Waffen bekämpfen, allerdings die Begriffsbestimmung eines bellum internum rechtfertigen.

Allein nach dem heutigen Staatsrechte und bei der heutigen Ordnung des Rechtszustandes, zumal in den Territorien, welche den deutschen Bund bilden, erscheint eine solche Auffassung bedenklich, und in der That ist des bellum internum als eines noch denkbaren Zustandes von neueren deutschen Rechtslehrern, z. B. von Maurenbrecher, Klüber und Andern, gar nicht Erwähnung geschehen.

Auch ist in keinem Augenblicke jener in dem concreten Falle in Frage befangenen Zeitperiode das Einschreiten des Militärs lediglich unter dem Gesichtspunkte erfolgt, welcher, aus der Repräsentativgewalt hergeleitet, ein Auftreten des Staatsoberhauptes ganz unabhängig von den sonstigen verfassungsmäßigen Regierungsorganen rechtfertigen kann. Vielmehr sind, ganz abgesehen davon, daß in dem größten Theile des Königreichs Sachsen die gewöhnlichen Organe der Staatsverwaltung an der Ausübung ihrer Functionen gar nicht behindert gewesen sind,

auch in Dresden, wie bereits notorisch ist, theils aus dem Gesetz- und Verordnungsblatte für 1849. S. 94. und 95. erhellet, die zu Dämpfung des Aufstandes zu treffenden Maaßregeln von den ordentlichen Spitzen der Justiz und Verwaltung beschlossen und angeordnet worden.

Auch könnte sich die in dem Falle der Empörung und hochverrätherischen Angriffe der Unterthanen gegen den eigenen Staat statthafte Ausübung jenes aus der äußeren Hoheit hergeleiteten Rechtes des Staatsoberhauptes unmittelbar nur gegen die Empörer und Staatsverräther, als vom Staate sich lostrennende, äußern.

Milhauser, Sächs. Staatsrecht, Bd. I. §. 41. p. 129. sub C.

Ebensowenig kann aber deshalb allein, weil bei Dämpfung jenes Aufstandes ein umfassender Gebrauch von den Waffen gemacht werden müssen, die Thätigkeit des Militärs unter dem Gesichtspunkte eines Krieges aufgefaßt werden, da dieser Gesichtspunkt nicht blos ein factischer, sondern ein rechtlicher ist.

Die Verwendung militärischer Hülfe und die Anwendung der Waffen des Militärs gegen Räuber und Schmugglerbanden ist zu keiner Zeit als ein Krieg im staatsrechtlichen Sinne angesehen worden, und §. 16. der Verordnung vom 7. Mai 1849, das Verfahren bei Störungen der öffentlichen Ruhe und Sicherheit betr. (G.- u. V.-Bl. S. 93.), bezeichnet ausdrücklich die Versetzung eines Bezirkes in den Kriegszustand als einen Act der inneren Staatshoheit, indem sie die Treffung dieser Maaßregel dem Gesammtministerium anheim stellt, ebenso wie Letzteres von dieser Machtvollkommenheit in dem concreten Falle nach der Bekanntmachung vom 8. Mai 1849. (G.- u. V.-Bl. S. 95.) unter Hinweisung auf jene gesetzliche Bestimmung, somit unter Anerkennung, daß es sich um einen von derselben betroffenen Fall handele, zu einer Zeit Gebrauch gemacht hat, wo der Straßenkampf in Dresden noch fortdauerte.

Uebrigens erkennt auch die erste Instanz Bl. — selbst an, daß die Versetzung der Residenzstadt Dresden und deren Umgebung in einem Kreise von 3 Meilen in den Kriegszustand eine den Begriff des Krieges involvirende Maaßregel nicht sei, sondern nur einen außergewöhnlichen Friedenszustand, den sogenannten bewaffneten Frieden, bezeichnet.

Jedenfalls aber ist dieser Zustand gegen den vorhergehenden ein solcher, welcher in rechtlicher Hinsicht sich mehr dem Kriege nähert, als der, wo die Operationen des Militärs lediglich noch als ein Ausfluß der gewöhnlichen administrativen Maaßregeln erfolgten. Kann aber andererseits das Factum des ausgedehnteren Waffengebrauches diese Operationen, wie vorher gezeigt wurde, nicht als Krieg charakterisiren, so erscheint nach dem Allen der Schluß gerechtfertigt, daß in dem vorliegenden Falle die aus dem rechtlichen Verhältnisse des Krieges hergeleiteten Grundsätze, somit also auch die civilrechtlichen in Bezug auf Kriegsschäden nicht in Anwendung kommen können.

Unter diesem Gesichtspunkte mochte die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Verfassungsurkunde §. 31. und der Ordonnanz vom 7. December 1837. §. 7. 8. von der gegenwärtigen Instanz nicht bezweifelt werden.

Wollte man aber auch hierunter eine andere Ansicht fassen und ein bellum internum statuiren, so dürfte man doch in dem vorliegenden Falle in der Hauptsache zu einem anderen Ergebnisse nicht gelangen können.

Man hat nämlich nach dem Dafürhalten der gegenwärtigen Instanz zwischen Beschädigungen zu unterscheiden, welche eine Privatperson in einem Kriege durch die Truppen, sei es einem fremden, sei es des eigenen Staatsoberhauptes, durch Verwüstung, Diebstahl und Plünderung erleidet, was wenigstens in der Regel nicht mit Zustimmung der Militärbehörden geschieht und zwischen solchen Benutzungen des Privateigenthums, welche im Interesse des eigenen Staates und auf Anordnung des Kriegsherrn und seiner Mandatare erfolgen.

Letztere fallen ebenso, wie gezwungene Ueberlassungen von Lebensmitteln, Munition, Pferden und anderen zur Kriegsrüstung erforderlichen Gegenständen unter den Gesichtspunkt eines Vertragsverhältnisses. Der Staat hat nämlich das Recht, alles ihm zu Ausübung des Kriegsrechtes Erforderliche anzuschaffen, und die Gesammtsumme des Aufwandes von der Gesammtheit der Staatsbürger aufgebracht, d. h. durch die Staatscasse zu verlangen.

Es können daher im Zweifel alle Requisitionen in dem eigenen Lande des Kriegsherrn nur so aufgefaßt werden, daß dafür der Staat als Ganzes die einzelnen Privaten, welche zu der Eigenthumsabtretung zwangsweise genöthigt worden, aus den von der Gesammtheit der Steuerpflichtigen aufzubringenden Mitteln zu entschädigen hat.

Der Requisition von Naturalien steht es aber offenbar ganz gleich, wenn der Staat zu militärischen Zwecken die zeitweilige Ueberlassung von Immobilien verlangt, wie dies für den Friedenszustand in der gedachten Ordonnanz anerkannt ist, indem für Fälle, wo dergleichen zu Exercirplätzen und sonst beansprucht werden, die Anwendbarkeit des §. 31. der Verfassungsurkunde ausdrücklich ausgesprochen ist.

Was hierunter durch den Umstand, daß das eine oder das andere zur Kriegszeit erfolgte, geändert werden sollen, ist nicht abzusehen, da der Krieg an der Regel, daß alle Bedürfnisse des Heeres aus der Staatscasse zu beschaffen sind, Etwas nicht ändert, somit also ein Jeder, welcher in Folge von Requisitionen dem Staate für das Heer und dessen Zwecke Etwas leistet oder liefert, oder überläßt, wegen seiner Entschädigung an die Staatscasse stillschweigend gewiesen ist.

Daß nun die Benutzung der Felder, deren Bewirthschaftung Behufs des Fruchtgenusses dem Erblasser der Kläger zugestanden, zu Lagerplätzen, Exercirübungen und dergleichen, zu dieser Kategorie gehört, mag um so weniger bezweifelt werden, als, wie gedacht, die Ordonnanz für die Friedenszeit hierunter ein ausdrückliches Anhalten bietet.

Es handelt sich also hier gar nicht um eine aquilianische Culpa oder um eigentliche Schäden, sondern nur um Entschädigung in dem Sinne, wo mit diesem Worte eine Vergütung in contractsähnlichen Verhältnissen bezeichnet wird, die der im Voraus bewirkten contractlichen Feststellung entbehrt.

Bei solchen Leistungen ist daher an sich nicht von Kriegsschäden die Rede, sondern nur von der zu Staatszwecken geforderten zeitweiligen Ueberlassung eines zum Fruchtgenusse vorgerichteten Grundes und Bodens an den Staat, die nur dann als wirklicher Schaden im rechtlichen Sinne bezeichnet werden könnte, wenn die Staatscasse nicht im Stande wäre, den Verbindlichkeiten zu Gewährung des Interesses nachzukommen.

Die Auffassung empfiehlt sich, selbst wenn man annehmen wollte, daß das Princip, daß im Zweifel alle Militärleistungen entgeldlich seien, Ausnahmen zum Nachtheile Einzelner zulasse, um so mehr, als die Militärbehörde schon nach der Ordonnanz jederzeit berechtigt war, die entgeldliche Ueberlassung des betreffenden Areals zu ihren Zwecken zu verlangen, indem sie offenbar in dem Kriege nicht weniger Rechte als in dem Frieden hat, und durch Beanspruchung in diesem Sinne die betreffende Requisition für den Einzelnen mit einer Eigenthumsbeeinträchtigung nicht verbunden ist, auch nicht angenommen werden kann, daß der Staat in einem Falle, wo er ein Resultat durch die ordentlichen Staatsmittel, ohne Beeinträchtigung einzelner Privaten, erreichen konnte, mit Umgehung dieses ordentlichen Weges zu einer einen Einzelnen bedrückenden Maaßregel habe verschreiten wollen.

Diese letztere Ansicht tritt auch mit dem, was in dem Bl. — beregten Erkenntnisse des Königlichen Oberappellationsgerichts*) ausgeführt worden, nicht in Widerspruch, indem hier (S. 306.) zu den als casus dem Eigenthümer zur Last fallenden Kriegsschäden namentlich solche Schäden gerechnet sind, welche durch an sich unerlaubte Handlungen der Mannschaften, z. B. durch Verwüstung, Diebstahl und Plünderung, entstanden sind, deren Vertretung übrigens auch nach der a. a. O. S. 302 ff. entwickelten Ansicht des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig dem Staate ohne den Hinzutritt besonderer Umstände nicht angesonnen werden kann.

Stellt sich daher auch unter diesem Gesichtspunkte der Anspruch der Kläger an sich als begründet dar, so hat sich die zweite Instanz nicht entbrechen können, auf das Rechtsmittel derselben reformatorisch und auch auf Beweis desjenigen Theiles der Klage zu erkennen, welcher von der vorigen Instanz in der angebrachten Maaße abgewiesen ist.

II.

Ad Confirmatoriam.

Nach dieser Auseinandersetzung bedarf es einer besonderen Rechtfertigung der Confirmatoria auf des Beklagten Rechtsmittel nicht, indem diese aus jenem mit Nothwendigkeit folgt.

Endlich war

C.

den Kostenpunkt betr.

die ausgesprochene Compensation der Kosten zweiter Instanz schon dadurch nothwendig gemacht, daß von beiden Theilen Rechtsmittel vorgelegen."

Gegen dieses Erkenntniß appellirte Beklagte, und das Königliche Oberappellationsgericht wies nunmehr am 7. Februar 1854 unter Compensation der gesammten Proceßkosten die ganze Klage in der angebrachten Maaße ab. Die Entscheidungsgründe sind, mit Weglassung eines status causae, folgende:

ꝛc. „Das Königliche Oberappellationsgericht hat der Ansicht der ersten Instanz beizupflichten, und würde daher dem Rechtsmittel des Beklagten zwar insoweit, als es auf Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses geht, doch nicht insoweit, als der Beklagte die Abweisung der ganzen Klage verlangt, zu entsprechen haben, wenn nicht ein besonderer formeller Grund, dessen weiter unten zu gedenken sein wird, es behinderte, auf den Beweis der durch die Veranstaltungen auf den fraglichen Feldern nach dem 9. Mai 1849 verursachten Schäden zu interloquiren.

Bei der Beurtheilung des in der Klage geltend gemachten Anspruchs hat man in factischer und

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1852. S. 305 flg.

rechtlicher Hinsicht vornämlich Folgendes in Betracht zu ziehen:

1.

Auf das Pachtverhältniß ist die Klage nicht gestützt, es hätte dies auch nicht mit Erfolg geschehen können. Die römisch rechtlichen Principien über die Verbindlichkeit des Verpachters, dem Pachter eines Landgutes, wenn diesem durch einen Zufall

(vis cui resisti non potest, l. 15. §. 2. D. loc. [19. 2.]

vis major, vis divina, l. 25. §. 6. eod.)

ein erheblicher Verlust an den Früchten entsteht, einen Remiß am Pachtgelde zu bewilligen, haben in Sachsen, sowohl im Allgemeinen, durch die 20ste Decision v. J. 1746, als speciell in Bezug auf die im Kriege durch Verwüstungen entstehenden Schäden — (Kriegsschäden) —, durch §. 5. des Generale vom 26. Mai 1810

(Cod. Aug. Cont. III. Abth. 1. S. 239 flg.)

eine wesentliche Modification erlitten, indem ein Remißanspruch nur dann erhoben werden kann, wenn der Verlust die Hälfte des jährlichen Pachtgeldes übersteigt. Hieran hat im Hauptwerke der zwischen dem Staatsfiscus und dem Erblasser der Kläger eingegangene Pachtcontract Etwas nicht geändert. Vielmehr hat sich im §. 19. der Pachter verbindlich gemacht, alle während der Pachtzeit die Gutsnutzungen treffende Schäden, einschließlich der Kriegsschäden, allein zu tragen, indem ihm nach §§. 20. flg. ein Anspruch auf Beihülfe Seiten des Verpachters nur dann zusteht, wenn der Schade die Hälfte des Ausdrusches an Sommer- und Wintergetreide, wie solcher in einem Anschlage vom Jahre 1820 angenommen worden ist, übersteigt; darauf, daß der Verlust diese Höhe erreiche, wird in der Klage sich nicht bezogen.

Gegen den Staatsfiscus, als Verpachter, könnten die Kläger daher einen Anspruch aus dem Vertrage anders nicht erheben, als wenn anzunehmen wäre, daß zu den in der Klage und deren Beilage Bl. — angegebenen Verwüstungen auf den Feldern der verpachtende Staatsfiscus selbst eine ihm als dolus oder culpa anzurechnende Veranlassung gegeben hätte.

Das wiederholte Anführen in der Klage,

(Bl. — verb. mit Bl. — ad pct. lit. cont. — und Bl. — ad pct. lit. cont. —)

daß die stärkere Besetzung des Pulverlaboratoriums — die Benutzung der von dem Erblasser der Kläger erpachteten Felder zu militärischen Zwecken — auf Anordnung der Staatsregierung geschehen sei, würde einen Anspruch aus dem Pachtverhältnisse nur dann begründen, wenn daraus, daß das Militärgouvernement jene Anordnung ertheilte, die in der Klage Bl. — aufgestellte und von dem Beklagten Bl. — ad pct. lit. cont. — bestrittene Behauptung, es liege ein durch den Verpachter selbst und dessen freien Entschluß verursachter Schaden vor, mit Nothwendigkeit gefolgert werden müßte.

Wäre aber diese Folgerung begründet und deshalb der Schaden als ein Kriegsschaden, oder als ein sonst durch einen unabwendbaren Zufall — (vis major) — herbeigeführter nicht anzusehen, dann würde es nicht einmal der Berufung auf das Pachtverhältniß bedürfen, sondern der Anspruch, auch wenn die Felder den Klägern eigenthümlich gehörten, begründet erscheinen.

Allein, zu dem Schaden, welchen der Erblasser der Kläger durch die auf den erpachteten Feldern während der Zeit vom 3. bis zum 9. Mai 1849 vorgekommenen Verwüstungen erlitten haben will, hat überhaupt der Staat keine Veranlassung gegeben, sondern

2.

es ist dieser Schaden als ein Kriegsschaden anzusehen.

Schon bei der Entscheidung von andern Rechtsstreitigkeiten über die Entschädigung für die bei dem Kampfe in Dresden von den Soldaten geschehenen Verwüstungen —

s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1852. S. 306. 307.

hat sich das Oberappellationsgericht dahin ausgesprochen, dieser Kampf sei als eine wirkliche Kriegsführung, als ein innerer Krieg zum Schutze des Regierungsrechtes des Staatsoberhauptes zu betrachten, obwohl den Aufständischen die völkerrechtliche Stellung einer kriegführenden Partei nicht zukomme. Diese Ansicht aufzugeben, liegt kein ausreichender Grund vor. Daß sich jener Kampf, wie notorisch und aus den Schilderungen in den Schriften von

Graf von Waldersee, der Kampf in Dresden im Mai 1849. (Berlin, 1849.) und

A. von Montbé, der Maiaufstand in Dresden. (Dresden, 1850.)

hervorgeht, in seiner äußeren Erscheinung als ein Krieg darstelle, kann wenigstens nicht bestritten werden. Dieser factische Gesichtspunkt ist allerdings von Einfluß bei der Frage, ob eine bei diesem Kampfe erfolgte Beschädigung nach den Principien der im Kriege und durch die Kriegsführung, oder der im Zustande des Friedens entstandenen Schäden zu beurtheilen sei.

Aus dem replicatorischen Anführen in der Klage,

(Bl. — verb. mit Bl. — ad pct. lit. cont. — und Anmerk.)

daß es zu einem wirklichen Kampfe in der Gegend des Pulverlaboratoriums nicht gekommen sei, kann, selbst abgesehen davon, daß es nicht ganz richtig ist, die Folgerung nicht abgeleitet werden, daß der thatsächliche Zustand eines Krieges sich auf jenen Ort nicht erstreckt habe, und daß das, was dort veranstaltet und vorgenommen worden, als eine Maaßregel im Frieden gelten müsse. Erwägt man die Lage des Ortes und die sonstigen hierbei zu berücksichtigenden Umstände,

s. Bl. — — —, auch

Walbersee, im angef. Buche, Seite 31. 84. 121 flg. 124.

Montbé, im angef. Buche, Seite 69. 139. 280 flg.

so kann nicht bezweifelt werden, daß das Pulverlaboratorium und dessen Umgebung von der damaligen Kriegsführung mit berührt wurde, und daß die auf den das Laboratorium umgebenden Feldern durch die darauf stattgefundenen militärischen Aufstellungen und Bewegungen veranlaßten Verwüstungen den im Kriege und durch den Krieg entstandenen, somit den Kriegsschäden beizuzählen seien, für welche weder der Verpachter dem Pachter, noch auch der Staat den von einer solchen Calamität betroffenen Privatpersonen eine Vergütung zu leisten verbunden ist.

Daß der Begriff der Kriegsschäden nicht auf diejenigen Schäden zu beschränken sei, welche an dem Orte selbst, wo der Kampf ausgebrochen und geführt worden, entstanden sind, sondern daß dahin auch die an einem von dem Kampfe nahe bedrohten Platze durch die Behufs der Vertheidigung gegen feindliche Angriffe nothwendig zu treffen gewesenen Maaßregeln entstandenen Schäden gehören, hat überdies der Erblasser der Kläger im §. 1. der nach §. 28. des Pachtcontractes einen integrirenden Theil desselben bildenden Beilage sogar speciell anerkannt, indem nach dieser, den Begriff der Kriegsschäden bezeichnenden Stelle des Vertrages als Kriegsschäden alle diejenigen Schäden betrachtet werden sollen, welche in unmittelbarer Beziehung auf einen Kriegszustand im Lande stattgefunden haben, ohne Unterschied, ob solche durch befreundete oder feindliche Truppen veranlaßt worden sind.

3.

An der Eigenschaft der Kriegsschäden wird, auch abgesehen von der so eben angezogenen Bestimmung im §. 1. der Vertragsbeilage, dadurch nichts geändert, daß die Aufstellung der Truppen auf den fraglichen Feldern und die von ihnen darauf vorgenommenen militärischen Operationen, wodurch die in der Klage und deren Beilage beschriebenen Verwüstungen angerichtet worden sein sollen, nach dem Confessate des Beklagten in der Anmerkung zum 26sten Einlassungsabschnitte (Bl. —) auf Anordnung des Militärgouvernements erfolgt sind. Wenn, wie ad 2. dargelegt worden, der damalige Kampf der Truppen mit den Insurgenten als ein Krieg zu betrachten ist, welcher sich auch auf die Umgebung des Pulverlaboratoriums erstreckte, wenn darüber, daß diese von der Militärcommandobehörde, mithin in Ausübung eines dem Staatsoberhaupte als Kriegsherrn zustehenden Rechtes ausgegangene Anordnung nicht eine die Staatsverwaltung betreffende Verfügung, sondern eine auf die damalige Kriegsführung unmittelbar sich beziehende strategische Maaßregel war, nicht gezweifelt werden kann, und wenn diese strategische Anordnung, wie von den Klägern nicht bestritten wird und wie dies, dafern über diese Frage im Civilprocesse zu entscheiden wäre, nach dem Obigen unbedenklich angenommen werden müßte, eine durch den Kampf in der Stadt nothwendig gebotene gewesen ist, so fehlt keine der Voraussetzungen, unter denen die in Folge jener militärischen Anordnung eingetretenen Verwüstungen auf den in der Klage angegebenen Pachtfeldern den Kriegsschäden eben so beigezählt werden müssen, wie die durch das auf militärische Anordnung geschehene Beschießen der von den Aufständischen besetzten Häuser und durch die Durchbrechung von Mauern entstandenen Schäden.

4.

Die vorige Instanz hat Bl. — zu deduciren gesucht, daß der Kampf in Dresden kein Krieg im staatsrechtlichen Sinne gewesen, daß mithin auch die civilrechtlichen Grundsätze über Kriegsschäden nicht, vielmehr die Bestimmungen im §. 31. der Verfassungsurkunde vom 4. September 1831 und in den §§. 7. 8. der Ordonnanz vom 7. December 1831 anwendbar wären. Da nach dem ad 2. und 3. Ermittelten die Annahme, worauf die Folgerung beruht, nicht begründet erscheint, so fällt damit zugleich die Folgerung hinweg. Der Inhalt dieser Bestimmungen selbst widerlegt aber auch deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall

(Schluß in der gleichzeitig erscheinenden Nummer 44.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 44.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

(Schluß aus No. 43.)

Wenn nun §. 31. der Verfassungsurkunde demjenigen, welcher sein Eigenthum oder sonstige Rechte und Gerechtigkeiten zu Staatszwecken abzutreten hat, weil dies nach dem Ermessen der obersten Staatsbehörde eine dringende Nothwendigkeit gebietet, Entschädigung zugesagt wird, so hat hierbei ganz gewiß nicht der Fall mit getroffen werden sollen, wo dadurch, daß während eines Krieges, oder doch eines dem Kriege gleichen Kampfes im Lande einer Truppenaufstellung zur Vertheidigung eines wichtigen Platzes gegen die Feinde erfolgt, die zu erwartende Feldnutzung auf diesem Platze verwüstet wird, wo also der dem Privatmanne erwachsene Schaden eine Folge der Kriegsführung ist. Die Ordonnanz vom 7. December 1837 bezieht sich nach dem ausdrücklichen Ausspruche im §. 1. nur auf die im Friedenszustande für das Militär zu gewährenden Bedürfnisse, und in den §§. 7. und 8. auf die den Feldbesitzern obliegende Verbindlichkeit zu Abtretung der zu Uebung der Truppen im Freien nöthigen Plätze gegen nach §. 31. der Verfassungsurkunde auszumittelnde Entschädigung. Es würde sich fragen lassen, ob, wenn während jenes Kriegszustandes die in der Klage angegebenen Feldstücke von dem Königlichen Kriegsministerium blos zu dem Behufe, um Truppenabtheilungen im Freien zu üben, in Anspruch genommen worden wären, die für eine solche Abtretung im Friedenszustande ertheilten Bestimmungen §§. 7. und 8. der Ordonnanz analog zur Anwendung kommen möchten; diese Frage erledigt sich jedoch dadurch, daß in der Klage eine solche Behauptung gar nicht aufgestellt (s. Bl. —), sondern angegeben wird, die Verwüstung sei vornämlich, oder doch zugleich, in Folge anderer, auf den Schutz und die Vertheidigung des Pulverlaboratoriums gerichteter Maaßregeln, nämlich dadurch entstanden, daß auf den Feldern an verschiedenen Stellen die Leute und Pferde gelagert, allerwärts Munitions- und andere Wagen hin- und hergefahren, Baraken erbaut, Märsche und Evolutionen ausgeführt und Reitübungen angestellt worden wären.

Hieraus ergiebt es sich zugleich,

5.

daß die Verwüstung der fraglichen Felder keineswegs, wie Bl. — in voriger Instanz geschehen, aus dem Gesichtspunkte eines Vertragsverhältnisses aufzufassen, und aus dem Satze, es habe der Staat auch während eines Kriegs die Mittel zu Beschaffung der Armeebedürfnisse zu gewähren, die Begründung des Anspruchs auf Entschädigung gefolgert werden können. In der Klage selbst wird auf ein solches Verhältniß nicht hingedeutet, im Gegentheile nur von Verrichtungen gesprochen, welche durch die zur Vertheidigung des Pulverlaboratoriums aufgestellten Truppen verursacht worden wären. Von einer blos die Erfüllung eines Armeebedürfnisses betreffenden Requisition kann offenbar hier nicht die Rede sein. Und wollte man sogar annehmen, es lasse sich derjenige Nachtheil an der Feldnutzung dahin rechnen, welcher blos dadurch entstanden ist, daß während jener Tage bisweilen militärische Uebungen auf den Feldern stattgefunden haben, so würde es, selbst abgesehen von den gegen eine solche Annahme überhaupt hervortretenden Bedenken, immer an schlüssiger Begründung der Klage schon insofern fehlen, als darin der durch diese militärischen Uebungen entstandene Schade, von dem durch die übrigen auf die Kriegsführung sich bezie-

henden Maaßnahmen verursachten, nicht geschieden worden ist.

6.

Die von den Klägern (Bl. — — —) wiederholt berufenen römisch rechtlichen Grundsätze über die lex Aquilia stehen denselben, wie der Beklagte Bl. — — nicht unrichtig replicirt, eher entgegen als zur Seite. Die Aquilische Klage setzt eine den Schaden verursachende widerrechtliche Handlung — (injuria — l. l. l. 2. pr. D. ad L. Aquil. [9. 2.] — non jure factum, contra jus — l. 5. §. 1. eod.) — voraus, an welcher es hier fehlt, da das Militärcommando nicht blos im vollen Rechte, sondern sogar verpflichtet war, das Pulverlaboratorium gegen die zu besorgenden Angriffe der Insurgenten zu schützen und zu diesem Behufe die nöthigen Mittel zu ergreifen, zu denen das, was auf den in der Nähe befindlichen Feldern geschah, gehörte. Nicht hierher passend ist insonderheit die vornämlich berufene l. 45. §. 4. D. ad L. Aquil. Zwar fügt sie dem bereits l. 4. pr. eod. ausgesprochenen allgemeinen Anerkenntnisse der erlaubten Nothwehr

„adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere" — „vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt"

die Beschränkung hinzu, daß die Verletzung eines Andern, als dessen, gegen den die Nothwehr auszuüben war, dadurch nicht gerechtfertigt werde. Allein bei dieser Beschränkung wird, conform mit der Regel, nach welcher das Aquilische Gesetz nicht blos gegen den dolus, sondern auch gegen jede culpa geht, nach der richtigen Einhaltung des Beklagten Bl. — eine Verletzung des Dritten durch culpa vorausgesetzt. Ein solcher Fall, von welchem die l. 45. §. 4. handelt, liegt hier nicht vor.

Eine passendere Analogie würden, wenn es dessen zu Widerlegung des auf die aus der Zeit vom 3. bis zum 9. Mai 1849 herrührenden Schäden gerichteten Vergütungsanspruchs noch bedürfte, die von dem Beklagten Bl. — bezogenen Bestimmungen in l. 49. §. 1. D. ad L. Aquil. und l. 3. §. 7. D. de incendio, ruina etc. (47. 9.) darbieten, wonach der Eigenthümer eines Hauses, welches der Nachbar, um bei einer Feuersbrunst von dem seinigen die Gefahr abzuwenden, niedergerissen hatte, gegen diesen auf Entschädigung nicht klagen kann, und zwar aus dem in l. 3. §. 7. hinzugefügten Grunde:

„nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset."

Die Kläger lassen bei der von ihnen Bl. — diesfalls erhobenen Einwendung den wesentlichen Umstand unbeachtet, daß, wenn auf den am Pulverlaboratorium gelegenen Feldern die erwähnten militärischen Maaßregeln nicht stattgefunden hätten, das Laboratorium eben so, wie es mit der Pulvermühle geschah,

s. Walbersee, im angef. Buche S. 121.

in die Hände der Insurgenten gefallen sein würde.

Die Berufung der Kläger (Bl. —) auf l. 1. D. de L. Rhod. de jactu (14. 2.) endlich anlangend, so genügt die Hinweisung darauf, daß dieses auf Gründen der Billigkeit beruhende Gesetz ein ganz specielles Verhältniß betrifft, und wenn ihm auch von manchen Rechtslehrern eine analoge Anwendung auf andere Verhältnisse zugestanden wird, doch, selbst abgesehen von den einer solchen Extensivanwendung überhaupt entgegenstehende Bedenken,

vergl. Glück, Pandecten-Commentar, Thl. 14 S. 234.

Puchta, Pandecten, §. 368. a. E.

wenigstens bei Kriegsschäden, wie sie hier in der Klage angeführt sind, eine den Staat treffende Verbindlichkeit zur Uebertragung auf jenes römische Specialgesetz nicht gestützt werden kann.

7.

Stellt sich der Anspruch der Kläger insoweit, als er die Vergütung derjenigen Schäden betrifft, welche durch die während der Tage vom 3. bis zum 9. Mai 1849 auf den erpachteten Feldern *stattgefundenen* militärischen Maaßregeln entstanden sind, um deswillen als unstatthaft dar, weil der Kampf in Dresden während jener Tage als eine Kriegsführung zu betrachten ist, welche die Umgebung des Pulverlaboratoriums mit berührte, so folgt von selbst daraus, daß dieser Abweisungsgrund einem Anspruche auf Vergütung derjenigen Schäden nicht entgegensteht, welche dadurch, daß nach Beendigung dieses dem Kriege gleich zu achtenden Zustandes die Felder der Kläger zur Benutzung nicht wieder überlassen wurden, und durch das, was auf Anordnung der Militärbehörde weiterhin darauf vorgenommen ward, entstanden sind. Dieser Zustand des Kriegs erreichte, da an einen Friedensabschluß im völkerrechtlichen Sinne hier nicht zu denken ist, mit der notorisch und nach den oben allegirten geschichtlichen Darstellungen

s. Walbersee, Seite 205 flg.

Montbé, S. 299.

am 9. Mai 1849 erfolgten Beendigung des Kampfes, der Ueberwältigung des Aufstandes, der Verhaftung und beziehendlich Flucht der Aufständischen seine Endschaft. Die dahin gerichtete Ansicht der ersten Instanz (Bl. —) stimmt mit der von dem Oberappellationsgerichte in früher entschiedenen Rechtssachen

s. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. v. J. 1852 Seite 306 flg.

ausgesprochenen überein. Diejenigen Vorsichtsmaaßregeln, welche von da an durch die Staatsbehörden getroffen wurden, sind den Verwaltungsverfügungen im Friedenszustande beizuzählen, und die dabei aus Rücksichten für Staatszwecke als nothwendig erachteten, in das Vermögen der Privatpersonen eingreifenden Veranstaltungen begründen einen Anspruch auf Entschädigung, indem hier, wie von der ersten Instanz Bl. — bereits bemerkt worden ist, die im §. 31. der Verfassungsurkunde von 1831 und, hinsichtlich der Entziehung von Ländereinnutzungen zu militärischen Zwecken, in den §§. 7. 8. der Ordonnanz vom 7. December 1837 Anwendung leiden. Daß durch die unter Bezugnahme auf §. 16. der als Gesetz geltenden Verordnung vom 7. Mai 1849 erlassene Bekanntmachung des Königlichen Gesammtministeriums vom 8. Mai 1849, die Versetzung der Residenzstadt Dresden und deren Umkreises in den Kriegsstand betr., weder ein völkerrechtlicher, noch ein factischer Zustand des Krieges herbeigeführt worden sei, ist dem Beklagten bereits von den beiden vorigen Instanzen (Bl. —) eingehalten worden. Der wiederholte Antrag desselben (Bl. —) auf Einholung eines Gutachtens Sachverständiger darüber, ob der Krieg als am 9. Mai 1849 beendigt anzusehen sei, stellt sich ohne Weiteres als unbeachtlich dar.

8.

Hiernach würde das Urthel der ersten Instanz, welches die Klage blos in Betreff des Ersatzes derjenigen Schäden, welche durch die Vorgänge vor dem 10. Mai 1849 verursacht worden sein sollen, in angebrachter Maaße abweiset, übrigens aber aufrecht erhält, und auf deren Beweis interloquirt, wieder herzustellen und die (Bl. —) gegen den confirmatorischen Theil des zweiten Erkenntnisses gerichtete vierte Appellationsbeschwerde des Beklagten für unerheblich zu erklären sein. Allein es konnte dies nicht geschehen, vielmehr mußte dem Antrage auf Abweisung der ganzen Klage um deswillen entsprochen werden, weil sie darüber, welche Schäden durch die Vorgänge in der Zeit vom 3. bis zum 9. Mai 1849, und welche durch die Vorgänge in der späteren Zeit verursacht worden sein sollen, keine speciellen Angaben, mithin keine solchen thatsächlichen Unterlagen, welche zum Beweise ausgesetzt werden könnten, enthält. Hiervon hat man sich sofort zu überzeugen, wenn man den Inhalt der Klage (Bl. — — verb. mit Bl. — pct. lit. cont. —), sowie die Klagbeilage ⊙ (Bl. —) vergleicht. Um dem Richter, welcher das Endurthel nach geführtem Beweise abzufassen hat, darüber Gewißheit zu liefern, welche Schäden durch die früheren, und welche durch die späteren Vorgänge entstanden sind, würden die zur Begründung der Klage, soweit sie statthaft, nöthigen und daher in diese gehörigen speciellen factischen Angaben im Beweise nachzubringen sein, und es würde dadurch dem Beklagten das Gehör im ersten Verfahren verkürzt werden.

Obwohl der Beklagte weder im ersten Verfahren, noch bei seinen Rechtsmitteln gegen die Erkenntnisse der vorigen beiden Instanzen diesen Mangel an Specialität des Klagvorbringens als einen Grund zur Klagabweisung ausgehoben hat, so konnte dies doch, da der Richter die Schlüssigkeit der Klage von Amtswegen zu prüfen und auf Beweise, welche bei der Mangelhaftigkeit des Klagvorbringens zu einem Resultate nicht führen können, dafern sich nicht der Gegner damit einverstеht, daß den Mängeln der Klage im Beweise noch abgeholfen werde, nicht zu interloquiren hat, die jetzige Instanz nicht behindern, dem Antrage des Beklagten auf Abweisung der Klage aus diesem Grunde Gewährung zu ertheilen.

9.

Dieser Abweisung der Klage ungeachtet, mußte, da nach den vorstehenden und den den vorigen Erkenntnissen beigefügten Entscheidungsgründen die Sache verschiedenen Ansichten Raum giebt, die Compensation der Proceßkosten billig erscheinen, und die Vergleichung der Appellationskosten rechtfertigt sich überdies durch den Wechsel der Entscheidungen in der Hauptsache."

## 92.

**Bei im gewöhnlichen Verkehre befindlichen Gegenständen kann ein angemessener Kaufpreis, auch wenn er nicht ausdrücklich bedungen worden, vom Verkäufer gefordert werden. — Das Anführen, daß der geforderte Preis orts- und geschäftsüblich sei, bedarf keines förmlichen Beweises.**

Mitgetheilt von
Herrn Adv. H. in Z.

Anne Rosine verw. S. in O. erhob im Jahre 1852 wider Conrad G. in S. bei dem Königlichen Landgerichte zu Z. Klage auf Bezahlung von 59 Thalern 23 Ngr. 4 Pf. Kaufpreis für Braunkohlen, welche der Beklagte auf vorhergegangene Bestellung von ihrem am 6. März 1852 verstorbenen Ehemanne, dem Braunkohlenwerksbesitzer Ch. G. S. zu O. in der Zeit vom 8. März bis 1. Mai 1851 geliefert erhalten und in Empfang genommen habe.

Zu Begründung der Klage, in welche die einzelnen Kohlenlieferungen mit Angabe der Zeit, der Quantität, Sorte und der Preise aufgenommen waren, bemerkte die Klägerin, daß eine jede der Zusendungen mit Benennung des Jahres und Tages der Lieferung, der Qualität und Quantität, sowie der Preise nach Scheffeln in ein dazu bestimmtes Buch von ihrem Erblasser eingeschrieben worden wäre, daß dasselbe der Beklagte in seiner Verwahrung gehabt und nach erfolgtem Eintrage Seiten des Erblassers der Klägerin jedesmal wieder zurückerhalten, auch an sich genommen und schon dadurch die gestellten Preise genehmigt habe; ferner, daß diese Preise auf mehreren namhaft gemachten benachbarten Kohlenwerken gefordert und erlangt würden, mithin orts- und geschäftsüblich wären.

Wegen der Sachlegitimation bat Klägerin in dem Ueberreichungsschreiben das zugleich die Nachlaßbehörde bildende Proceßgericht um ein Marginalatteſt darüber, daß ihr Ehemann, Ch. G. S., sie in einem kurz vor seinem Tode errichteten Testamente insofern als alleinige Universalerbin eingesetzt habe, als darin ihren Miterben, den von ihr mit dem Erblasser erzeugten sechs Kindern, nur bestimmte Summen als Erbtheile ausgesetzt worden.

Das Anführen bezüglich der Führung eines sogenannten Beibuchs und des Eintrags der jedesmaligen Lieferung von Braunkohlen in dasselbe, sowie die behauptete Orts- und Geschäftsüblichkeit der geforderten Preise hatte Klägerin auf Beweis gestellt, über den übrigen Klaginhalt dagegen den Eid angetragen.

Beklagter beantwortete die Klage verneinend, forderte Vorstand der Proceßkosten halber, bestritt die klägerische Legitimation zur Sache, behauptete Unschlüssigkeit der Klage aus dem Grunde, weil sich Klägerin darin nicht auf eine Vereinbarung über den Kaufpreis zwischen ihrem Erblasser und dem Beklagten zu beziehen vermocht, und gab den Eid zurück.

Am 29. December 1852 publicirte das Proceßgericht folgenden Bescheid:

„Weil die Ausstellung des Beklagten Bl. — sub b. gegen die Sachlegitimation der Klägerin unerheblich erscheint, immaaßen aus dem gerichtlichen Zeugnisse Bl. — erhellt, daß Christian Gottfried S. in einem gerichtlich niedergelegten und von sämmtlichen Erben, beziehendlich unter obervormundschaftlicher Genehmigung, anerkannten Testamente außer der Klägerin seine Bl. — genannten Kinder als Erben eingesetzt, letzteren jedoch nur bestimmte Summen als Erbtheile bezeichnet hat, nun aber heredes in re certa als Legatare angesehen werden, welche den Nachlaß weder active noch passive vertreten;

cfr. Kind, quaest. for., tom. II. c. 61. pag. 260 seq. ed. 2.

hiernächst Kläger zu Begründung seines Anspruchs nach Bl. — flg. sich darauf bezogen, daß

a) Beklagter die Bl. — flg. verzeichneten Quantitäten Kohlen auf vorherige Bestellung geliefert erhalten habe,

b) daß die Zusendungen mit Angabe der Quantität und Qualität der Kohlen, der Preise und der Zeiten der Lieferung in ein dazu bestimmtes Buch, welches Beklagter bei jeder Lieferung übergeben und nach erfolgtem Eintrage zurück erhalten habe, eingetragen worden seien, und

c) daß die angesetzten Preise orts- und geschäftsübliche seien;

nun aber das sub b. gedachte, auf Beweis gestellte Anführen bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden kann, da aus der Annahme einer Rechnung oder eines sogenannten Beibuchs eine Genehmigung der darin enthaltenen Ansätze Seiten des Empfängers nicht gefolgert werden mag, und die auf kaufmännischen Usancen beruhende Ansicht, daß ein Kaufmann, welcher eine ihm mit Preisnote oder Factura zugesendete Waare ohne Widerspruch annimmt, sich zu Bezahlung des angesetzten Kaufpreises stillschweigend verpflichte,

cfr. Treitschke, Kaufcontract, §. 40. p. 66 flg.

eine ausdehnende Anwendung nicht zuläßt, ebensowenig es einer förmlichen Beweisführung rücksichtlich des Klaganführens sub c. bedarf, anerwogen bei Bestellung von Gegenständen, welche sich im gewöhnlichen Verkehre befinden, namentlich bei der Bestellung landwirthschaftlicher Erzeugnisse und Handwerksarbeiten, ein angemessener Kaufpreis selbst wenn solcher nicht ausdrücklich bedungen worden ist, von dem Verkäufer gefordert werden kann, da der Abkäufer, indem er die Verabredung eines Kaufpreises unterlassen, zunächst der Preisbestimmung Seiten des Verkäufers sich unterworfen hat, hierbei aber vorausgesetzt wird, daß der Verkäufer, welcher in der Regel selbst Sachverständiger sein wird, den Preis nach dem wahren Werthe, mithin unter Berücksichtigung desjenigen Preises, welcher für dergleichen Sachen am Contractsorte gewährt zu werden pflegt, gefordert habe,

cfr. Thon, von der Unabänderlichkeit der den Mitcontrahenten überlassenen Preisbestimmung, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. X. Abtheil. 7. pag. 202 flg.

weshalb in dergleichen Fällen dem Kläger die eidliche

Bestärkung, daß der geforderte Kaufpreis wirklich orts- oder geschäftsüblich sei, zufolge Gerichtsbrauch nachgelassen zu werden pflegt; endlich die Frage wegen Bestellung eines Kostenvorstandes sich erledigt, da sofort definitiv zu erkennen ist;

so ist, dafern die Klägerin den über pct. lit. cont. 1—98. Bl. — angetragenen, ihr von dem Beklagten Bl. — zurückgegebenen Eid in der Maaße:

daß Beklagter von ihrem, der Klägerin, Erblasser, Christian Gottfried S., auf vorherige Bestellung die Bl. — und — angegebenen Quantitäten Braunkohlen zu den daselbst angegebenen Zeiten geliefert erhalten habe,

de credulitate schwört, ingleichen die Richtigkeit des Klaganführens Bl. — und — dergestalt:

daß, soviel sie wisse, glaube und dafür halte, die in der Klage angesetzten Preise solche seien, welche für die angegebenen Sorten von Braunkohlen zu den daselbst bemerkten Zeiten nicht nur ihr Erblasser, sondern auch die Besitzer der benachbarten, Bl. — genannten Kohlenwerke von ihren Kunden erhalten haben,

eidlich bestärkt, Beklagter die geforderten 59 Thlr. 23 Ngr. 4 Pf. sammt Zinsen des Verzugs von erhobener Klage an der Klägerin zu bezahlen und derselben die verursachten Proceßkosten zu erstatten schuldig."

Auf die eingewendete Appellation des Beklagten bestätigte das Königl. Appellationsgericht zu Budissin den Gerichtsbescheid, und fügte seinem am 18. Juni 1853 publicirten Erkenntnisse nachstehende Entscheidungsgründe bei:

„Ad grav. I.

Das Bl. — der Acten befindliche gerichtliche Marginalatteſt erscheint, wie seiner formellen Fassung nach, so auch materiell durchaus genügend, da durch dasselbe das Anführen der Klägerin im Ueberreichungsschreiben Bl. — sowohl, als in der Klage Bl. —, daß Klägerin und deren Kinder im Testamente ihres verstorbenen Ehemannes zu Erben eingesetzt, Erstere aber alleinige Universalerbin geworden sei, nicht nur im Allgemeinen durch die Bemerkung, daß die Richtigkeit dieser Sachlegitimation bezeugt werde, bestätigt, sondern auch noch speciell dahin erläutert wird, daß der Erblasser seine Kinder auf bestimmte Summen als Erben eingesetzt habe, und das Testament anerkannt, das Anerkenntniß auch in Betreff der minorennen von Obervormundschaftswegen genehmigt worden sei. Hiernach bedarf auch das Bl. — vom Beklagten desfalls Angeführte einer Widerlegung nicht, wogegen der im Bescheide Bl. — aufgestellten Ansicht, daß die zu einzelnen Summen ernannten Erben in Bezug auf die Vertretung des Nachlasses lediglich als Legatare anzusehen seien, als einem gemeinrechtlich feststehenden,

cfr. l. 13. C. de her. instit. (VI. 24.)

und durch die sächsische Gesetzgebung in keiner Weise abgeänderten Rechtssatze allenthalben beizupflichten gewesen ist.

Ad grav. III. IV. V.

Als eine völlig unbegründete stellt sich die vom Beklagten Bl. — vorgebrachte Behauptung dar, daß dem Letzteren ein Recht zustehe, den Nachweis gewisser, in die Klage aufgenommener Thatsachen zu verlangen*). Einen derartigen Nachweis hat der Beklagte selbstverständlich nur in dem Falle zu beanspruchen, wenn die bezüglichen Thatsachen wirklich den Klaggrund bilden; dafern aber, wie im vorliegenden Falle im Bescheide Bl. — geschehen, diese Thatsachen für ungenügend und deshalb unbeachtlich erklärt worden sind, so hätte hierdurch lediglich und allein Klägerin, am allerwenigsten aber Beklagter, sich für beschwert erachten können.

Ganz dasselbe findet Statt in Betreff des der Klägerin zuerkannten Bestärkungseides. Denn es mußte zuvörderst um deswillen durchaus unbedenklich erscheinen, der Klägerin die eidliche Bestärkung der Angemessenheit der in Frage befindlichen Kaufpreise zuzuerkennen, weil die in die Klage desfalls aufgenommenen thatsächlichen Momente lediglich auf das Anführen hinauslaufen, daß die dermalen geforderten Preise die zu der in der Klage angegebenen Zeit in dem Handelsgeschäfte des Erblassers der Klägerin üblichen und allgemein berechneten seien. Wird nun die den Klaggrund bildende Thatsache der käuflichen Lieferung der in der Klage specificirten Quantitäten Braunkohle durch Leistung des relati festgestellt, so bedarf es für den erkennenden Richter nur noch einer nach richterlichem Ermessen zu gewinnenden Unterlage für die Angemessenheit der geforderten Kaufpreise, da, wie bereits im Bescheide erster Instanz Bl. — vollständig nachgewiesen worden, über das Recht des Verkäufers, desfallsige Kaufpreise zu fordern, an sich ein Zweifel überhaupt nicht obwaltet. Wenn aber solchenfalls der Gerichtsbrauch von einer förmlichen Beweisführung absteht, so hat der Beklagte um so weniger Grund, sich hierdurch für beschwert zu erachten, als es ihm zunächst selbst obgelegen hätte, bei dem Erkaufe und der Uebernahme der erkauften Kohlen über die bezüglichen Preise sich zu einigen, und dem Verkäufer

*) Bezieht sich auf die von der Klägerin behauptete Existenz des Beibuchs und die Einträge in selbiges.
Anmerkung des Einsenders.

nicht zugemuthet werden kann, nach Verfluß einer längern Zeit, und zwar um deswillen, weil Beklagter die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten so lange verweigert hat, eine förmliche, vorausſetzlich mit Schwierigkeiten verbundene Beweisführung in Betreff der Höhe dieſer Preiſe zu unternehmen.

Es würde vielmehr durchaus unbedenklich erſchienen ſein, den Beklagten, die Leiſtung des relati Seiten der Klägerin vorausgeſetzt, in Bezahlung der durch Sachverſtändige zu normirenden Preiſe, welche natürlich die in der Klage behauptete Höhe der letztern nicht würden überſteigen dürfen, zu verurtheilen, dermalen hat man aber von einer reformatoria hierunter abſehen müſſen, da es zweifelhaft iſt, ob für Beklagten eine ſolche Modification des Beſcheides erſter Inſtanz nicht härter ſein würde, als die in letzterem der Klägerin zuerkannte Eidesleiſtung.

Dieſe Eidesleiſtung würde aber auch nur auf den Umſtand, daß die in der Klage angeſetzten Preiſe ſolche ſeien, welche der Klägerin Erblaſſer zu den ebendaſelbſt angegebenen Zeiten für die bezeichneten verſchiedenen Sorten von Braunkohlen ſeinen Kunden berechnet habe, zu beſchränken geweſen ſein, es hat jedoch im Mangel eines desfallſigen Rechtsmittels Seiten der Klägerin auch bezüglich dieſes Punktes der Beſcheid nicht abgeändert werden können.

Ad grav. II.

Wenn es hiernach dabei, daß in der vorliegenden Rechtsſache ſofort definitiv zu erkennen, bewendet, ſo erledigt ſich auch die Beſtellung eines Koſtenvorſtandes Seiten der Klägerin.

Oſterloh, Proceß, §. 220. ibique ad not. 23. cit.

Bei der vollſtändigen Beſtätigung des Beſcheides erſter Inſtanz lag endlich auch kein Grund vor, den Beklagten mit Erſtattung der durch das von ihm eingewendete unerhebliche Rechtsmittel verurſachten Koſten zu verſchonen."

## 93.

**Das Hausſchlachten iſt als ein völlig freies und unzünftiges Gewerbe zu betrachten, zu deſſen Betriebe es in Städten, außer wo dies die beſondere Ortsverfaſſung erheiſcht, der Erlangung des Bürgerrechts nicht bedarf.**

Mitgetheilt von
Herrn Adv. K. in L.

Bei dem Stadtrathe zu L. zeigte am 10. Februar 1852 der Obermeiſter der Fleiſcherinnung an, daß der Landfleiſcher B. aus P. dem Tuchmacher A. in L. in deſſen Hauſe ein Schwein ſchlachte, und bat, da B. weder Mitglied der Fleiſcherinnung, noch auch conceſſionirter Hausſchlächter ſei, ſonach aber ſich eines Eingriffs in ihre Gerechtſame ſchuldig mache, um Gerichtsfolge zu deſſen Aufhebung. Da ſich bei letzterer die angezeigte Thatſache beſtätigte, ſo beantragte ernannter Obermeiſter die Beſtrafung B.'s.

Nach Vernehmung des Letzteren und Abhörung A.'s beſchied der Stadtrath die Innung abfällig c. exp., und zwar lediglich um deswillen, weil A. in Uebereinſtimmung mit B. bei ſeiner Bürgerpflicht erklärt hatte, daß Letzterer das Schwein aus Gefälligkeit und unentgeldlich geſchlachtet habe.

Die Innung wendete dagegen Recurs ein und bezog ſich darauf, daß die Behauptung A.'s und B.'s der erforderlichen Beſcheinigung ermangele.

Die Königl. Kreisdirection ließ es jedoch Inhalts Verordnung vom 21. Mai 1852 bei der Beſcheidung des Stadtraths „lediglich und um ſo mehr bewenden",

> als das Hausſchlachten, wozu das von dem Fleiſchermeiſter B. vorgenommene Schlachten eines Schweines in der Behauſung des A. gehöre, als ein freies und unzünftiges Gewerbe zu betrachten ſei, auf welches der Zunftzwang der Fleiſcherinnungen im Allgemeinen ſich nicht erſtrecke und hinſichtlich deſſen die Innung ein ſonſtiges beſonderes Verbietungsrecht weder nachgewieſen, noch auch nur in Anſpruch genommen habe.

Die Innung wendete gegen dieſe Entſcheidung, hauptſächlich wegen der darin ausgeſprochenen gewerblichen Grundſätze, Recurs ein, indem ſie beſtritt,

1) daß das Hausſchlachten als ein freies und unzünftiges Gewerbe zu betrachten ſei, und
2) daß B., ſelbſt wenn man dies annehmen wollte, nicht berechtigt ſein würde, in L. als Hausſchlächter zu arbeiten,

und hierüber Folgendes anführte:

„Man bezieht ſich zwar

ad 1.

zu Unterſtützung der Anſicht, daß das Hausſchlachten ein freies und unzünftiges Gewerbe ſei, darauf, daß durch das Geſetz vom 4. October 1834, die Entrichtung der Schlachtſteuer betreffend, das Mandat vom 13. Juli 1818, in welchem zwar die Verpflichtung der Hausſchlächter in Wegfall gebracht, aber (§. 22.) beſtimmt war, daß jedem Hausſchlächter ein obrigkeitlicher Legitimationsſchein ausgeſtellt werden ſolle, für aufgehoben erklärt werde, und ebenſowenig als die dazu gehörige Vollziehungsverordnung eine

Erneuerung jener auf die Gewerbs- und Steuerlegitimation der Schlächter bezüglichen Bestimmung enthalte. Allein diese Bezugnahme ist keineswegs ausreichend, wenn man Tendenz und Inhalt jener beiden Gesetze in Erwägung zieht.

Beide Gesetze haben es zunächst und hauptsächlich mit Feststellung der Bestimmungen über Entrichtung der Schlachtsteuer zu thun und das frühere Mandat vom 13. Juli 1818 enthält blos ganz beiläufig die erwähnte Bestimmung über die Berechtigung zum Hausschlachten.

An Aufhebung dieser mit dem hauptsächlichen Inhalte des Mandates vom 13. Juli 1818 in unmittelbarem und nothwendigem Zusammenhange stehenden Bestimmung hat das Schlachtsteuergesetz vom 4. October 1834, als es jenes frühere Steuermandat aufhob, nicht gedacht.

Den unumstößlichsten thatsächlichen Beweis dieser unserer Behauptung liefert theils die acht Jahre später erschienene

Verordnung, das Verpfunden des Fleisches von Viehstücken, welches wegen Futtermangels geschlachtet werden muß, betr., vom 26. August 1842,

indem sie in §. 5. wörtlich vorschreibt:

„Das Schlachten des Viehes hat auch in diesen Fällen jedes Mal durch einen verpflichteten Haus- oder Bankschlächter zu erfolgen",

theils würde man consequenter Weise, wenn man durch das Gesetz vom 4. October 1834 selbst die in dem Mandat vom 13. Juli 1818 bezüglich der Hausschlächter enthaltene Bestimmung für aufgehoben erachten wollte, in die mißlichsten Verlegenheiten gerathen, denn es läßt sich dann, wie gleichwohl die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht thun und von der Nothwendigkeit getrieben thun müssen, keine der in dem Mandat vom 13. Mai 1780. §. 44. c. III. und vom 23. Mai 1787 für den Fall von Viehseuchen vorgeschriebenen Controlemaaßregeln, insoweit sie sich auf die Hausschlächter beziehen, aufrecht erhalten.

Wie man aber bezüglich dieser Controlemaaßregeln in die Nothwendigkeit versetzt ist, anzuerkennen, daß das Gesetz vom 4. October 1834 trotz der Aufhebung des Mandats vom 13. Juli 1818 in Bausch und Bogen die frühere Singularbestimmung rücksichtlich der Hausschlächter nicht mit habe in Wegfall bringen wollen, so findet man sich in eine gleiche Nothwendigkeit auch in Bezug auf die übrigen gesundheitspolizeilichen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten bewogen, welche dem Fleischer, abgesehen von dem Falle einer Viehseuche, obliegen.

Es läßt sich daher in keiner Weise vertheidigen, wenn man die früheren Bestimmungen über das Hausschlachten bezüglich der Controlemaaßregeln bei Viehseuchen trotz des Gesetzes vom 4. October 1834 aufrecht erhalten, in jeder andern Beziehung aber durch das nämliche Gesetz für aufgehoben erachtet wissen will.

Diese unsere Ansicht hält denn auch die hiesige Ortsverfassung fest, indem das Gewerbe des Hausschlächters noch gegenwärtig von besonderer Concession des Stadtraths abhängig gemacht wird, wie denn erst noch im vorigen Jahre ein Hausschlächter daselbst verpflichtet worden ist und wie ferner ohne Weiteres der Umstand beweist, daß uns der Stadtrath wegen B.'s Aufhebung die nöthige Gerichtsfolge beigeordnet hat.

Den geehrten Stadtrath ersuchen wir in Bezug auf die erwähnte hiesige Ortsverfassung um desfallsiges Marginalattest.

Ad 2.

Aber auch selbst dann, wenn seit dem Gesetze vom 4. October 1834 und trotz der Verordnung vom 26. August 1842 das Gewerbe eines Hausschlächters wirklich als ein freies und unzünftiges anzusehen wäre, würde man zu demselben Resultate gelangen müssen, wie im entgegengesetzten Falle.

Eben so wenig wie den Dorfhandwerkern nach dem Gesetze, den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betr., vom 9. October 1840. §. 15. gestattet ist, innerhalb der Städte und ihres Bezirks Handwerksarbeiten zu fertigen, eben so wenig dürfen die auf dem Lande wohnenden unzünftigen Gewerbtreibenden in Bezug auf unzünftige Arbeiten ein Gleiches thun, vielmehr sind Dieselben damit lediglich auf den Bezirk ihrer Dorfschaft angewiesen, und dies zwar schon um deswillen, weil der Betrieb eines Gewerbes innerhalb des städtischen Gebietes nothwendiger Weise die vorgängige Erlangung des Bürgerrechts, sowie die desfallsige Anlegung und Bezahlung der Gewerbsteuer voraussetzt.

Rücksichtlich des processualischen Verfahrens würde, wenn jenes Gewerbe wirklich ein unzünftiges wäre, blos der auf die Sache selbst völlig einflußlose Unterschied stattfinden, daß uns zwar kein eigentliches Verbietungsrecht zustände, dagegen (nach Analogie von §. 27. des Gesetzes vom 9. October 1840) uns unbenommen wäre, eine desfallsige Ueberschreitung der gesetzlichen Ordnung zu rügen, und daß hierauf die Behörde immerhin verpflichtet wäre, auf unsere Anzeige Amtswegen einzuschreiten."

Nachdem der Stadtrath hierauf Bericht erstattet hatte, erließ die Königl. Kreisdirection unter dem 20. Januar 1853 folgende Verordnung:

„Auf den Bericht des Stadtraths ꝛc. läßt es die Königl. Kreisdirection deſſenungeachtet bei der Bl. — ertheilten Beſcheidung lediglich bewenden, da, ſoweit es ſich dabei um ein gegen den Denunciaten B. einzuleitendes Strafverfahren handelte, der Denunciantin überhaupt ein Rechtsmittel gar nicht zuſtand, rückſichtlich der Koſten aber bereits zweimal gleichmäßig gegen die Denunciantin erkannt worden und darnach auch in dieſer Beziehung ein weiteres Rechtsmittel nicht zuläſſig iſt.

Dagegen erſcheint zwar der fragliche Recurs, inſoweit er nach Bl. —, abgeſehen von dem vorliegenden Falle, im Allgemeinen gegen die Bl. — ausgeſprochenen gewerbrechtlichen Grundſätze gerichtet iſt, nicht unzuläſſig. Bevor man jedoch in dieſer Beziehung darauf hauptſächliche Entſchließung faßt, will man erſt noch davon näher unterrichtet ſein, worauf es beruhet, daß nach der Bemerkung am Schluſſe des Berichts die Ausübung des Hausſchlächtergewerbes in L. zeither von der Gewinnung des Bürgerrechts abhängig gemacht worden, und ob nach der diesfalls beſtehenden Ortsverfaſſung auch Denjenigen, welche nicht im Stadtbezirke wohnhaft ſind, die Ausübung jenes Gewerbes unterſagt geweſen iſt.“

Der Stadtrath ſprach ſich in ſeinem hierauf erſtatteten Berichte dahin aus, daß er die Ausübung des Hausſchlächtergewerbes um deswillen von der Gewinnung des Bürgerrechts abhängig gemacht habe, weil nach §. 43. Lit. A. der allgemeinen Städteordnung Diejenigen, die innerhalb des Stadtbezirks durch eigne ſelbſtſtändige Thätigkeit ſich einen Erwerb verſchaffen wollen, verbunden ſind, das Bürgerrecht zu erlangen, und die in §. 53. gedachten Ausnahmen auf das hier in Rede ſtehenden Gewerbe nicht angewendet werden könne, denn ein Hausſchlächter, der in L. dieſes Gewerbe für eigne Rechnung betreibe, könne nicht den Genoſſen zünftiger Handwerke, welche das Meiſterrecht nicht erlangt haben, beigezählt werden, da ein ſolcher, wenn er auch vorher ein Fleiſchergeſelle geweſen, doch aufhört, dies zu ſein, wenn er das zunftfreie Gewerbe eines Hausſchlächters ergreife, gerade wie dies z. B. auch hinſichtlich derjenigen Schneidergeſellen der Fall ſei, welche dem Mützenmachergewerbe ſich zuwenden, welches Gewerbe auch erſt nach erlangtem Bürgerrechte betrieben werden könne.

Außerdem ſei nach der in L. beſtehenden Ortsverfaſſung Denjenigen, welche nicht im Stadtbezirke wohnhaft ſind, die Ausübung des Hausſchlächtergewerbes daſelbſt nicht geſtattet, vorausgeſetzt, daß Dieſelben auch nicht im Beſitze des Bürgerrechts ſeien. Wären ſie dagegen Bürger, wohnten aber blos außerhalb der Stadt, ſo würde der Stadtrath, ſo lange ſie ihres Bürgerrechts nicht verluſtig geworden, ihnen auch das Hausſchlachten in L. nicht unterſagen. —

Die Königl. Kreisdirection erließ hierauf unter dem 15. März 1853 folgende Verordnung:

„Auf den fernerweiten Bericht des Stadtraths ꝛc. läßt die Königl. Kreisdirection Ihre Entſchließung auf den Bl. — eingewendeten Recurs, ſoweit Sie Sich ſolche nach Bl. — noch vorbehalten hat, nunmehr in Folgendem unverhalten ſein:

Wenn zunächſt in der Recursſchrift

ad 1.

die Behauptung aufgeſtellt und zu beweiſen geſucht wird, daß das Hausſchlachten nicht, wie in der Verordnung Bl. — angenommen worden, als ein unzünftiges, völlig freies Gewerbe anzunehmen ſei, ſo iſt hierunter lediglich auf die Verordnung des Königl. Miniſteriums des Innern vom 6. November 1843 zu verweiſen, welche auch in Funke's Polizeigeſetzen und Verordnungen, Bd. IV. S. 183. im Auszuge mitgetheilt worden und welcher man zeither in vorkommenden Fällen conſtant nachgekommen iſt.

Was jedoch

ad 2.

den Einwand Bl. — anlangt, daß zur Ausübung des Hausſchlächtergewerbes, wenn es auch als ein unzünftiges anzuſehen, doch jedenfalls in Städten die Gewinnung des Bürgerrechts erforderlich ſei, ſo iſt ſolcher im Allgemeinen zwar ebenfalls nicht begründet, wohl aber nach dem, was der Stadtrath in dem vorliegenden Berichte über die diesfalls daſelbſt beſtehende Ortsverfaſſung angezeigt hat, in Bezug auf die Ausübung des beſagten Gewerbes in L. als richtig anzuerkennen, und ſind demnach die in der Verordnung Bl. — ausgeſprochenen Grundſätze inſoweit zu modificiren.

Inſoweit hierdurch der fragliche Recurs ſich nicht erledigt, iſt derſelbe als unbegründet verworfen worden und iſt die Recurrentin damit abzuweiſen.“

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von Bernhard Tauchnitz in Leipzig.

№ 45. Neue Folge Zweiter Jahrgang. 1854.

### 94.

### Ist die Cession einer hypothekarischen Forderung, welche im Grund- und Hypothekenbuche nicht eingetragen ist, dem Concurse des debitor cessus gegenüber wirkungslos?

(Nachtrag zu dem Seite 72. dieses Jahrgangs sub no. 16. mitgetheilten Rechtsfalle.)

Mitgetheilt von
Herrn G. in D.

In dem Seite 72. des Jahrgangs 1854 unter Nr. 16. mitgetheilten Falle gelangte die obige Frage auch zur Beurtheilung des Königl. Oberappellationsgerichts, welches die in zweiter Instanz ausgesprochene sofortige Locirung der nicht eingetragenen cedirten Forderung mißbilligte, das diesfallsige Anbringen zum Beweis aussetzte, und in den Gründen seiner Entscheidung unter Vorausschickung eines status causae sich also aussprach:

„Die verehelichte H. hatte auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners eine am 22. Februar 1849 in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene, vierprocentig zu verzinsende Forderung von 8000 Thlrn. —ˢ —ˢ stehen, von welcher am 24. März 1849, auf Grund einer mit dem Vorbehalte der Zinsen für die Cedentin und mit Einräumung des Vorranges an den Cessionar
4000 Thlr. —ˢ —ˢ auf August G. übergingen (Bl. — — Actor. — No. —).

Nach dem Inhalte des Hypothekenbuches hat sie von den übrigen 4000 Thlrn. —ˢ —ˢ durch Urkunde vom 10./15. Juni 1849 und Registratur vom 19. ejd. 1500 Thlr. —ˢ —ˢ, doch wiederum mit Vorbehalt der Zinsen und mit Einräumung des Vorranges vor den ihr verbleibenden 2500 Thlrn. —ˢ —ˢ, an denselben G. cedirt, und es ist diese Cession am 22. ejsd. eingetragen worden (Bl. — d. Actor.),

Der der H. dann noch verbliebene Forderungsbetrag an 2500 Thlr. —ˢ —ˢ ist vermöge am 22. December 1849 in das Hypothekenbuch eingetragener Cession auf den Appellanten, Johann Gottfried B., übergegangen (Bl. — d. Actor.).

Als das Grundstück des Gemeinschuldners, in Folge eines von B. wider ihn angestellten Executionsprocesses, subhastirt und im Termine am 18. Mai 1852 von H. für 8000 Thlr. —ˢ —ˢ erstanden, auch sodann vom Gericht unterm 17. Juni 1852 die Concurseröffnung resolvirt wurde, war G. noch als Inhaber der ihm im Monat Juni 1849 von der H. cedirten 1500 Thlr. —ˢ —ˢ eingetragen.

Gleichwohl meldete sich im Liquidationstermine am 10. September 1849 mit dieser Forderung nicht G., sondern die H., indem sie, jedoch ohne Beifügung irgend einer Bescheinigung und sogar ohne specielle Angabe über die Zeit der Verhandlung, sich darauf bezog,

daß ihr diese 1500 Thlr. —ˢ —ˢ nebst Zinsen vom 10. Juni 1849 an von G. cedirt worden wären.

Im Locationsbescheide (Bl. — Actor. — No. —) ward die H. mit dem Gesuche um Location hinsichtlich dieser 1500 Thlr. —ˢ —ˢ, weil die angebliche Cession vor dem Ausbruche des Concurses zum Eintrage in das Hypothekenbuch nicht gelangt sei, schlechterdings abgewiesen. Dawider appellirte die H. (Bl. —), vornämlich nur die dem Bescheide unterliegende Rechtsansicht bestreitend, und mit Berufung auf Entscheidungen des Oberappellationsgerichts behauptend, daß hier, wo es sich nur um eine Legi-

timation zur Sache Behufs der auf das zu dem Depositum gelangende Kaufgeld gerichteten Ansprüche handle, eine Cession der ohnehin durch die Subhastation erloschenen Hypothek der Confirmation (jetzt der Eintragung) nicht bedürfe.

In der gegen die Appellation B.'s eingebrachten Refutationsschrift (Bl. —) bekannte indessen der Sachwalter der H., unter beigefügter Erläuterung, daß er bei der Anmeldung der Forderung das Sachverhältniß unrichtig dargestellt habe, und führte, als den richtigen Sachverhalt, an, die H. habe im Juni 1849 beregte 1500 Thlr. —˙ —˙ an G. im Hypothekenbuche blos verpfändet und eventuell, nicht einfach, cedirt, es habe daher ihr Eigenthum an der Forderung gar nicht aufgehört. Zugleich monirte die H., daß die Sache bei der Eintragung der Verhandlung vom Gericht falsch aufgefaßt worden und der Eintrag im Hypothekenbuche, wenn man ihn mit den Unterlagen vergleiche, als ein verfehlter anzusehen sei; und sie folgerte hieraus, daß es, um ihre Berechtigung zu unbeschränkter Geltendmachung der Forderung, als einer ihr gehörigen, bei dem Concurse darzulegen, nur des Nachweises bedürfen würde, daß sich durch Befriedigung G.'s die Verpfändung erledigt habe. Zu dem Ende überreichte sie (Bl. —), als bereits die Acten der zweiten Instanz zum Verspruche vorlagen, dieser die Bl. — urschriftlich eingeheftete, von G. am 19. Februar 1853 ausgestellte, am 19. März 1853 gerichtlich recognoscirte Urkunde, worin G. das nurgedachte Vorbringen der H. bestätigt, insonderheit bekennt, daß er befriedigt und dadurch die Verpfändung zur Erledigung gelangt sei.

Die zweite Instanz, die im Bescheide ausgesprochene Rechtsansicht mißbilligend, und die Statthaftigkeit der Forderung der H., dafern sie sich annoch zur Sache gehörig legitimire, annehmend, äußert in den Gründen (Bl. —), daß darüber, ob die Urkunde Bl. — zu Herstellung dieser Legitimation geeignet sei, in erster Instanz Entschließung zu fassen sein werde; gleichwohl hat sie, damit nicht ganz im Einklange, im Erkenntnisse selbst (Bl. —) die Location der H. mit diesen 1500 Thlrn. —˙ —˙, nach G. und vor B., nicht eventuell und unter der Bedingung, wenn die beigebrachte Legitimation für ausreichend befunden würde, sondern unbedingt ausgesprochen.

Damit, daß über die Frage, ob sich die H. durch die Urkunde vom 19. Februar 1853. Bl. — genügend zur Sache legitimirt habe, zuvörderst in erster Instanz Entschließung zu fassen, die Location demnach als eine auf diese Voraussetzung gestellte, bedingte, anzusehen sei, hat sich die H. in ihrer gegen die Appellation B.'s zur dritten Instanz eingebrachten Refutationsschrift (Bl. —) einverstanden gezeigt. Sie hat jedoch in derselben Schrift (Bl. —) auch noch einer andern, und zwar früher, am 28. Januar 1853, von G. ausgestellten und gerichtlich recognoscirten, auch in der Urschrift (Bl. —) beigefügten Urkunde Erwähnung gethan, worin G., nach der Vorausschickung, daß die fraglichen 1500 Thlr. —˙ —˙ vermöge einer Cession der H. für ihn auf dem Grundstücke gehaftet hätten, und mit dem Bekenntnisse, von der H. vorlängst die Summe von 1500 Thlrn. —˙ —˙ empfangen, auch von derselben wegen der Zinsen Befriedigung erhalten zu haben, das Capital der 1500 Thlr. —˙ —˙ nebst vierprocentigen Zinsen, vom 10. Juni 1849 an, an die H. cedirt. Der Sachwalter bemerkt (Bl. —) hierzu, daß er die Urkunde vom 19. Februar 1853 für die richtigere halte und daß er die so eben erst zum Vorschein gekommene Urkunde vom 28. Januar 1853 nur um deswillen zu den Acten gebe, weil die Fassung der unterm 10. Juni 1849 von der H. an G. ausgestellten Urkunde und der Wortlaut des darauf gegründeten Eintrages in das Hypothekenbuch auf den ersten Anblick zu Zweifeln darüber, ob man es mit einer Verpfändung oder Cession zu thun habe, Veranlassung geben könnten. Die von der H. unterm 10. Juni 1849 an G. ausgestellte Urkunde, sowie die Registratur vom 19. ejsd., worauf der von der H. als verfehlt prädicirte Eintrag G.'s, als Inhaber der 1500 Thlr. —˙ —˙, beruhet, sind noch zur Zeit nicht zu den Acten verschafft worden.

Ohne Weiteres leuchtet es hieraus ein, daß bei dieser Sachlage

1.

der Ertheilung einer sofortigen, wenn auch nur einer eventuellen und auf die Bedingung, wenn in erster Instanz die von der H. beigebrachten Urkunden zu deren Sachlegitimation für ausreichend befunden würden, gestellten Definitiventscheidung über den Anspruch der H. die erheblichsten Bedenken entgegenstehen.

Die H. hat ihr Anführen bei der Anmeldung ihrer Forderung späterhin nicht blos erläutert, sondern dasselbe, sowie den Eintrag G.'s, als Inhaber der Forderung, im Hypothekenbuche für unrichtig erklärt und ein anderes Vorbringen substituirt, auch zwei Urkunden G.'s beigebracht, von denen die eine für das Vorbringen im Liquidationssatze, die andere für das spätere Vorbringen spricht. Läge eine außerhalb des Concurses angestellte Klage vor, so würde sie in angebrachter Maaße abzuweisen und der Klägerin die An- und Ausführung ihres Anspruches mittelst einer anderweiten Klage zu gestatten sein. Dies kann im Concurse nicht geschehen und es bleibt

daher, da eine sofortige gänzliche Ausschließung der Liquidantin blos wegen der späteren Abänderung ihres Liquidationsvorbringens sich nicht rechtfertigen lassen würde, und da der Satz, daß die Proceßlegitimation dem Richter, die Sachlegitimation aber dem Gegner geschieht, welchem darüber das Gehör nicht zu versagen ist, auch im Concurse, zumal unter Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, Geltung hat, nichts Anderes übrig, als die Anordnung eines Beweises, welchen zu widerlegen die andere Partei durch den ihr gestatteten Gegenbeweis Gelegenheit erhält. Diese Gegenpartei ist hier, da von keinem andern Gläubiger und auch nicht von dem Concursvertreter wider das Urthel der zweiten Instanz remedirt worden ist, nur B.

Zu einer Beschränkung der Beweisaufgabe war kein Anlaß vorhanden. Vermag die H. zu beweisen, daß der Eintrag G.'s, als Inhabers der Forderung durch Cession, mit den diesem Eintrage unterliegenden Urkunden im Widerspruche stehe und daß G. blos die Forderung im Hypothekenbuche verpfändet, von ihm aber das Pfandrecht wieder aufgegeben worden sei, so war sie, weil sie Inhaberin der Forderung geblieben, zu deren Anmeldung bei dem Concurse berechtigt. War dagegen die Forderung in Folge einer Cession an G. im Juni 1849 übergegangen, so stand der H., wenn ihr G. die Forderung zurück cedirt hat, als Rechtsnachfolgerin G.'s die Berechtigung zur Anmeldung der Forderung bei dem Concurse zu. Nur darüber, ob die H. auch dann, wenn sie im Juni 1849 die Forderung an G. blos verpfändet hätte und Eigenthümerin derselben geblieben wäre, durch die Erledigung dieser Pfandbeschränkung einen Vorrang vor B. erlangt haben würde, könnte eine Frage erhoben werden, welche jedoch nicht jetzt, sondern erst in dem künftigen Definitiverkenntnisse nach geführtem Beweise mit zu beantworten ist.

Daß gegen die Richtigkeit der Einträge im Hypothekenbuche Einwendungen nicht ausgeschlossen sind, wird im Gesetze vom 6. November 1843, z. B. §. 23. unter 4. und 6., selbst anerkannt, und ein Fall, wo solche Einwendungen in Folge der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches ohne Beachtung bleiben, liegt hier nicht vor.

Darin, daß G. in der Urkunde vom 28. Januar 1853 (Bl. —) sich, unter Bezugnahme auf eine Cession und deren Eintrag, als Inhaber der beregten 1500 Thlr. —„— gerirt und solche an die H. zurück cedirt, sodann aber in der Urkunde vom 19. Februar 1853 (Bl. —) sein Recht an den 1500 Thlrn. —„— nur als ein Pfandrecht bezeichnet und solches aufgiebt, ist kein solcher unvereinbarer Widerspruch zu erblicken, welcher es behinderte, die H. zum Beweise zu lassen, in welchem hierüber die nöthige Erläuterung mit zu ertheilen sein wird. In beiden Urkunden bekennt G., welcher als Inhaber der Forderung im Hypothekenbuche eingetragen ist, daß diese Forderung nicht ihm, sondern der H. gehöre, und erklärt sein Einverständniß damit, daß von den zum Concursdepositum gelangten Kaufgeldern für das verpfändete Grundstück die H. wegen der von ihr angemeldeten Forderung befriedigt werde.

Diese Erwägungen und die oben dargestellten Sachverhältnisse führen andererseits aber auch zu dem Resultate,

2.

daß, unter Beachtung der hierbei einschlagenden rechtlichen Vorschriften, auf die Appellation B.'s gegen die H. eine weiter gehende Reformatoria nicht ausgesprochen und der die H. mit dieser Forderung schlechterdings abweisende Bescheid nicht hergestellt werden konnte.

Vermag die H. es in Gewißheit zu setzen, daß der Eintrag G.'s vom 22. Juni 1849 unrichtig gefaßt sei, indem keine Cession, sondern eine bloße Verpfändung stattgefunden habe, so war die H. bei der Anmeldung der Forderung im Liquidationstermine noch Inhaberin der Forderung und es bleibt solchen Falles, da sie zu ihrer Legitimation einer Cession überhaupt nicht bedurfte, die Frage müßig, ob eine nicht im Hypothekenbuche eingetragene Cession zu ihrer Legitimation ausreiche; und eben so wenig hat sie, da sie sich im Termine meldete und daher nicht versäumte, zu dem Hülfsmittel der Restitution auf Grund des Rescriptes vom 14. Januar 1728 Zuflucht zu nehmen.

Ist dagegen die H. nicht im Stande oder nicht gemeint, beizubringen, daß sie, des auf G. lautenden Eintrages ungeachtet, Eigenthümerin der Forderung geblieben sei, so würde allerdings die Frage entstehen, ob sie durch eine im Hypothekenbuche nicht eingetragene Cession die Berechtigung erlangen konnte, die Forderung bei dem Concurse des debitor cessus zu liquidiren. Die vorige Instanz hat diese Frage mit Recht bejaht (Bl. —), und unerheblich sind die von B. Bl. —, zum Theil in unangemessener Weise (Bl. —), vorgebrachten Einwendungen.

Vor der Publication des Gesetzes vom 6. November 1843 gehörte zu der Cession einer hypothekarischen Forderung zwar ebenfalls die gerichtliche Form; doch war eine ohne Beobachtung dieser Form bewirkte Cession nicht schlechthin für ungültig zu erachten, sondern nur gegen die Gläubiger des Cedenten und gegen die mit gerichtlich geschehener Cession versehenen Dritten ohne Wirkung; gegen den

Schuldner war einer außergerichtlichen Ceſſion die Wirkſamkeit nicht abgeſprochen.

(Erl. Proc.-Ordn. ad tit. 46. §. 2. und das zu deren Auslegung mit dienende Geſetz vom 25. Januar 1836. §. 10.)

Es folgt hieraus, daß, wenn bei einem Concurſe eine gerichtliche conſentirte Forderung von einem Ceſſionar, doch ohne Bezugnahme auf Beobachtung der gerichtlichen Form bei der Ceſſion, angemeldet ward, deſſen ungeachtet die Ceſſion nicht für unwirkſam erklärt werden konnte, ſondern der Ceſſionar, dafern die inmittelſt erfolgte Subhaſtation des Grundſtückes die Nachholung des Translationsconſenſes unmöglich machte, ohne Weiteres und auf Grund der ſeine Legitimation enthaltenden Ceſſion an die Stelle, welche dem Cedenten gebührt haben würde, zu lociren war.

ſ. Haubold, Lehrb. d. ſächſ. Privatrechts, 2. Ausg. §. 205. Zuſ. 2.

das im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1847. S. 131 f. abgedruckte Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 17. Juni 1846 in Sachen des von Sonnenberg ℄. Schinks Concurs;

ingleichen

die Erkenntniſſe vom 16. März und 17. Juli 1839 in Sachen Iſraels Erben und Jeremiaßes ℄. des von Uechtritz' Concurs — und vom 13. December 1849 in Sachen Burkhardts ℄. Weinerts Concurs.

Nun enthält zwar das Geſetz vom 6. November 1843 eine weſentliche Abänderung des bis dahin beſtandenen Rechtes auch inſofern, als im §. 84. beſtimmt wird, die Ceſſion einer hypothekariſchen Forderung erlange erſt durch die Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche Gültigkeit gegen den Schuldner, wie gegen Dritte. Dieſe mit der Beſtimmung im §. 5., wornach als Inhaber einer hypothekariſchen Forderung jedesmal derjenige angeſehen wird, welcher als ſolcher im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen iſt, in der engſten Beziehung ſtehende Abänderung des früheren Rechtes im Intereſſe des Schuldners war nöthig, damit derſelbe nicht wegen der nämlichen Forderung den Anſprüchen zweier Gläubiger, des eingetragenen und eines nicht eingetragenen, ausgeſetzt werde. Will alſo der Ceſſionar wegen einer ihm abgetretenen, im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung den Schuldner, gleichviel, ob hypothekariſch oder perſönlich, in Anſpruch nehmen, ſo muß er beibringen, daß die an ihn bewirkte Ceſſion ebenfalls im Hypothekenbuche eingetragen ſei. Allein ſelbſtverſtändlich erledigt ſich die von der Regel, nach welcher die Ceſſion ſchon an ſich zur Legitimation für den Ceſſionar ausreicht, eine Ausnahme verordnende Beſtimmung im §. 84. des Hypothekengeſetzes da, wo ſich die Sachlage ſo verändert hat, daß der Grund des Geſetzes und die Ausführbarkeit der darin ertheilten Formvorſchrift wegfällt. Dies tritt ein, wenn das Grundſtück nothwendiger Weiſe ſubhaſtirt, dadurch (ſ. §§. 100. 104. f. des Geſetzes vom 6. November 1843) die Hypothek der cedirten Forderung am Grundſtücke erloſchen, die Möglichkeit einer Eintragung der Translation der Hypothek am Grundſtücke auf den Ceſſionar nicht mehr vorhanden iſt, und es ſich nur um einen Anſpruch an die zum Depoſitum gelangenden Kaufgelder handelt, mithin ein Conflict anders nicht vorkommen könnte, als wenn nicht blos der nicht eingetragene Ceſſionar, ſondern auch der noch eingetragene Cedent Anſpruch auf Befriedigung von den Kaufgeldern machte. Dies iſt hier nicht geſchehen; der Cedent G. hat weder im Liquidationstermine, noch auch ſpäter einen Anſpruch auf die fragliche Forderung erhoben, ſich vielmehr wiederholt damit einverſtanden erklärt, daß nicht er, ſondern die H. wegen dieſer Forderung aus den zum Concursdepoſitum gelangten Geldern befriedigt werde. Und hätte er es, obwohl er die Forderung an die H. cedirt hatte, gethan, ſo würde, des noch nicht erfolgten Eintrages der Ceſſion ungeachtet, der Richter ihn zurückzuweiſen haben, *weil die* Ceſſion der Rechtstitel iſt, auf deſſen Grund die H. von dem Richter den Eintrag in das Hypothekenbuch, ſo lange die hypothekariſche Forderung noch auf dem Grundſtücke ſelbſt haftete, zu verlangen berechtigt war, und daher, nachdem der Eintrag wegen der erfolgten nothwendigen Subhaſtation des Grundſtücks unthunlich geworden iſt, der Richter nur darüber, ob der Anſpruch auf Befriedigung wegen der cedirten Forderung aus den zum Depoſitum gelangenden Kaufgeldern, noch dem Cedenten oder dem Ceſſionar zuſtehe, zu entſcheiden, hierbei aber die Ceſſion, welche er, wenn es noch zu einer Eintragung kommen könnte, dafern ſie gerichtlich ausgeſtellt oder recognoscirt war, als den dazu ausreichenden Rechtstitel betrachten müßte (ſ. §. 82. des Geſetzes v. 6. Novbr. 1843), ebenfalls als den den Ceſſionar zu dem Verlangen auf Befriedigung wegen der ihm cedirten Forderung aus den für das ſubhaſtirte Grundſtück zum Depoſitum gelangenden Geldern legitimirenden Rechtstitel anzuerkennen hat.

Das Hypothekengeſetz vom Jahre 1843 enthält daher nichts, was der Befolgung der vorgedachten früheren Anſicht, wornach in einem ſolchen Falle, wie er hier vorliegt, auch die noch nicht eingetragene Ceſſion als die zu dem Verlangen des Ceſſionars auf Befriedigung von den Kaufgeldern für das ſub-

haftirte Grundstück ausreichende Sachlegitimation gilt, entgegenstände, und keineswegs hat das Oberappellationsgericht in den von B. wiederholt berufenen Entscheidungsgründen zu dem Urthel v. 15. Juni 1852 in Sachen Wehrde's ℳ. Gretzschel's Concurs,

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1852. S. 419 f.

wie dies ohne Weiteres eine Vergleichung lehrt, im entgegengesetzten Sinne sich ausgesprochen. Auch ist in einem, dem hier vorliegenden ganz gleichen, Falle (am 8. Februar 1853 in Sachen der Rudolph ℳ. der Krieger Concurs)*) eine wegen der inmittelst erfolgten Subhastation des verpfändeten Grundstücks nicht mehr zur Eintragung zu bringen gewesene Cession einer hypothekarischen Forderung für ausreichend erklärt worden, den Cessionar, als procurator in rem suam, zu dem Verlangen auf Befriedigung aus dem Concursdepositum nach dem Range der Hypothek für berechtigt anzusehen. In der nurberegten Rechtssache hatte die mit einer noch nicht eingetragenen Cession versehene Gläubigerin sich sogar erst nach dem Liquidationstermine, doch vor Ablauf eines Jahres gemeldet, und gleichwohl wurde ihre Berufung auf die den hypothekarischen Gläubigern in dem Rescripte vom 14. Januar 1728 ertheilte Wiedereinsetzung binnen Jahresfrist für begründet erachtet, weil es hierbei nicht darauf, ob die Hypothek am Grundstücke selbst zur Zeit der Anmeldung bei dem Concurse noch bestanden habe, sondern nur darauf, ob zu der Zeit, wo durch die nothwendige Subhastation alle auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken erloschen, die nach dem Edictaltermine intra annum liquidirte Forderung mit Hypothek versehen gewesen sei, ankomme, und weil die Cession des Rechtes auf prioritätische Befriedigung aus den deponirten Kaufgeldern den Eintrag in das Hypothekenbuch nicht erfordere.

Die Behauptung B.'s Bl. —, daß die H., weil sie sich auf eine erst nach dem Edictaltermine ausgestellte Cessionsurkunde beziehe, die Restitution auf Grund des Rescriptes von 1728 nicht beanspruchen könne, ist daher ganz unerheblich. Die H. hat im Edictaltermine die hypothekarische Forderung als eine durch Cession auf sie gediehene angemeldet, und würde daher, dafern sie ihren Beweis nicht auf das neuere Anführen, daß sie die Forderung im Jahre 1849 an G. gar nicht übereignet und das Eigenthum daran behalten habe, richten, sondern ihr Anführen im Liquidationssatze, daß sie durch Rückcession G.'s wieder Inhaberin der Forderung geworden sei, darthun wollte, darüber jedoch, daß die Rückcession vor dem Edictaltermine geschehen, einen Nachweis nicht zu liefern, vielmehr nur so viel, daß sie im Januar oder Februar 1853 die Forderung von G. zurückcedirt erhalten habe, darzuthun vermöchte, immer von diesem in das Jahr nach dem am 10. September 1852 abgehaltenen Edictaltermine fallenden Zeitpunkte an als Inhaberin der bis zur Subhastation mit Hypothek auf dem Grundstücke versehenen Forderung zu betrachten sein. Da die H. die Forderung im Edictaltermine bereits liquidirt hatte, so brauchte sie sich, nachdem sie erst später die Cession derselben von G. erhalten, nicht zum zweiten Male damit bei dem Concurse anzumelden."

*) S. Zeitschrift f. R. u. V. N. F. Bd. XII. S. 374. nr. 35.

## 95.

## Ueber das Recht und die Pflicht zu Erziehung der Kinder aus geschiedenen Ehen*).

Mitgetheilt von
Herrn S—r in B.

Hierüber hat sich das Königl. Oberappellationsgericht in den Entscheidungsgründen zu dem in Sachen Johannen Christianen geschiedener G. gegen Karl Gottlieb G. abgefaßten, am 22. Mai 1850 publicirten Erkenntnisse auf folgende Weise ausgesprochen:

ꝛc. „Die Klägerin hat sich zu Begründung ihres auf fernere Ueberlassung des in der Ehe mit dem Beklagten erzeugten Kindes bis zum vollendeten fünften Altersjahre gerichteten Klaggesuches Bl. — nur darauf bezogen, daß der Gerichtsgebrauch ihr hierunter zur Seite trete, und die erste Instanz hat ihr unter Verweisung auf

Hänsel, Excurse, Th. I. S. 294. und
von Hartitzsch, Entscheidungen prakt. Rechtsfragen, Nr. 229. S. 217.

beigepflichtet, während die zweite Instanz Bl. — außerdem noch die Principien über die Erziehungsrechte und Pflichten bei unehelichen Kindern analog für maaßgebend hält. — Nicht unrichtig ist die gegen eine solche Analogie von dem Beklagten erhobene Einwendung; denn das Verhältniß des ehelichen Vaters, dessen Rechte und Pflichten, dem Kinde gegenüber, sind allerdings andere und stehen höher als die des außerehelichen Vaters.

Darüber, daß durch die Scheidung die Obliegenheit des Vaters, den Aufwand für die Ernährung und Erziehung der Kinder zu bestreiten, dafern nicht Unvermögen auf seiner Seite, und der Besitz von dazu geeigneten Mitteln auf Seiten der Mutter

*) S. oben S. 52. nr. 10. S. 57. nr. 12.

oder der Kinder ein Anderes mit sich bringen, nicht aufgehoben werde, waltet kein Zweifel ob. Von selbst folgt hieraus, daß das Recht des Vaters, die Kinder bei sich zu behalten und zu erziehen, an sich nicht bestritten werden kann. Es ist indessen dieses Recht ebenfalls kein unbedingtes und ausnahmloses, vielmehr kann es, der Natur der Sache und mehreren gesetzlichen Aussprüchen zu Folge, in nothwendiger Rücksicht auf das Wohl der Kinder gewissen Beschränkungen unterworfen werden.

So wenig, wie einerseits die Grundsätze über die väterliche Gewalt, worauf sich der Beklagte Bl. — beruft, demselben soweit, als er es verlangt, zur Seite stehen, ebensowenig läßt sich andererseits die z. B. von

Wiese im Handbuche des Kirchenrechts, Thl. IV. Seite 180.

aufgestellte, von Andern aber, z. B. von

Burchardi, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 8. S. 165.

widerlegte Meinung rechtfertigen, daß heutzutage der Mutter ein ganz gleiches Recht zur Erziehung der Kinder mit dem Vater zustehe. — Schon nach römischem Rechte wurde durch die väterliche Gewalt die Cognition der Obrigkeit nicht ausgeschlossen; es blieb vielmehr dem obrigkeitlichen Ermessen anheim gestellt, im Interesse des Kindes den Anträgen der Mutter auf dessen Ueberlassung zur Erziehung stattzugeben,

l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liber. exhib. (43. 30.)

und insonderheit sollte nach der

l. un. C. divortio facto etc. (5. 24.)

bei erfolgter Scheidung von dem Richter in Erwägung gezogen werden, ob die Kinder bei dem Vater oder der Mutter zu erziehen seien. Auf gleiche Weise wurden, bei Trennung der Ehe durch den Tod des Vaters, dessen letztwillige Verfügungen über die Erziehung der Kinder keineswegs für unbedingt maaßgebend gehalten,

l. 1. §. 1. D. ubi pupillus (27. 2)

und, wenn schon bei dem Mangel einer diesfallsigen Anordnung des Vaters, die Mutter, so lange sie sich nicht anderweit verehelichte, in der Regel für berechtigt angesehen wurde, die Ueberlassung der Kindererziehung zu verlangen, so war doch auch hierbei die obrigkeitliche Cognition und Anordnung eines Andern nicht ausgeschlossen.

l. 1. C. ubi pupillus. (5. 49.)

Nov. 22. c. 38.

Von gleichem Gesichtspunkte geht die sächsische und oberlausitzische Vormundschaftsordnung im 12ten Capitel §§. 2. f. aus.

Oberl. Coll.-Werk, Thl. IV. S. 153.

Keineswegs wird durch die Nov. 117. c. 7., nach welcher bei der Entscheidung der Frage über das Recht und die Pflicht zur Erziehung der Kinder aus geschiedenen Ehen darauf, welchen Theil die Schuld an der Scheidung trifft, gesehen werden soll, das obrigkeitliche Ermessen darüber beseitigt, bei welchen der geschiedenen Eheleute die Kinder am besten aufgehoben seien. Dahin hat sich auch die Praxis, wenigstens in Sachsen, entschieden.

Bauer, resp. I. resp. 37.

Hänsel, Excurse, Thl. I. S. 294.

Weber, Kirchenrecht, Thl. II. Abthl. 3. S. 1313. Not. 91.

Vereinigen sich die Eltern bei der Scheidung über die Erziehung der Kinder, so wird die Obrigkeit wohl selten Veranlassung haben, von Amtswegen einer solchen Vereinigung entgegenzutreten. Wird aber bei dem Mangel einer solchen Vereinigung eine obrigkeitliche Verfügung nöthig, so ist bei derselben in das Auge zu fassen, daß zwar zunächst und in der Regel der Vater mit der Pflicht für die Mittel zur Ernährung und Erziehung der Kinder zu sorgen, auch das Recht hat, die Ueberlassung der Kinder zu Erfüllung dieser Pflicht zu verlangen, daß diese Regel jedoch dann eine Ausnahme erleidet, wenn das Interesse des Kindes dies mit sich bringt. Letzteres ist wenigstens gewöhnlich der Fall, *so lange* das Kind noch in einem so zarten Alter steht, daß es der physischen Pflege und Sorge der Mutter vorzugsweise bedarf.

In der älteren Zeit ward, unter Berücksichtigung der

l. 9. C. de patria potestate (8. 47.),

von der Praxis die Ansicht befolgt, daß das Kind bis zum vollendeten dritten Altersjahre der mütterlichen Pflege nicht wohl entbehren könne.

Kind, quaest. for., T. IV. c. 2. p. 5. ed. 2.

Hänsel, Excurse, Thl. I. S. 294.

Weber, Kirchenrecht, Thl. II. Abthl. 3. S. 1288 Not. 44.

Sowie indessen die nurallegirte Gesetzesstelle theils nach ihrem Inhalte überhaupt, theils insofern, als sie darauf beruht, daß bei den Römern die Kinder bis zum dritten Jahre an der Mutterbrust genährt zu werden pflegten, heutzutage ohnehin einen haltbaren Grund für jene Ansicht nicht abgeben kann, so ist solche auch von dem neueren Gerichtsbrauche verlassen worden. Vielmehr wird angenommen, das Kind sei präsumtiv erst mit dem erfüllten sechsten Lebensjahre, als dem durch das Gesetz für den Anfang der geistigen Ausbildung in der Schule bestimmten Alter,

s. §. 21. des Schulgesetzes vom 6. Juni 1835.

auch körperlich soweit vorgeschritten, daß es unbedenklich dem Vater zur Ernährung und Erziehung überlassen werden könne.

Hiernach braucht, wenn nach erfolgter Ehescheidung die Frau auf Verabfolgung der noch nicht in das schulpflichtige Alter eingetretenen Kinder und auf Verabreichung der Alimente für sie anträgt, dieselbe zur Begründung ihres Antrages sich auf weiter nichts, als auf das zarte Alter der Kinder zu beziehen, indem es dem geschiedenen Ehemanne, dafern er jene Präsumtion durch Bezugnahme auf besondere Momente zu elidiren vermag, nach welchen die Ueberlassung der Kinder an deren Mutter bedenklich oder die Belassung der Kinder bei ihm für diese erheblich vortheilhafter erscheint, obliegt, solche anzuführen und nachzuweisen, wohingegen ein Antrag der Mutter, ihr die Kinder auch nach deren Eintritt in das schulpflichtige Alter zur Ernährung und Erziehung zu überlassen, und den Vater zu Verabreichung des dazu erforderlichen Aufwandes oder eines Beitrages dazu anzuhalten, nur dann Beachtung erlangen kann, wenn die Mutter sich auf besondere, eine solche Beschränkung der Rechte des Vaters begründende, nachweisliche Umstände zu beziehen im Stande ist.

Da bei der Beurtheilung der zwischen geschiedenen Eheleuten über die Kindererziehung entstandenen Differenzen neben dem Rechte der Eltern zugleich das Interesse der Kinder und deren Recht auf die Ernährung und Erziehung in Frage gelangt, und da sich die während der Differenz und bei ihrer Entscheidung obwaltenden, bei der letzteren als maaßgebend betrachteten Umstände im Verlaufe der Zeit ändern können, so folgt von selbst hieraus, daß die diesfallsigen Entscheidungen dann, wenn die ihnen unterliegenden Voraussetzungen nicht mehr vorhanden sind, eine Modification im Interesse des Kindes nicht ausschließen, und daß zu den darauf an die competente Behörde (die Vormundschaftsbehörde) zu richtenden Anträgen ebensowohl die Mutter als der Vater des Kindes berechtigt ist.

In Beachtung dieser Ansichten, welche das Königl. Oberappellationsgericht auch bisher in ähnlichen Fällen befolgt hat, waren die vorigen, der Klägerin beifälligen Erkenntnisse, da Beklagter im ersten Verfahren auf solche besondere Umstände sich nicht bezogen hat, in deren Folge der auf Ueberlassung des Kindes bis zum vollendeten fünften Altersjahre gerichtete Anspruch der Mutter unbegründet erschiene, zwar zu bestätigen, doch mit der hinzugefügten, durch die Rücksicht auf das Interesse des Kindes gebotenen Erläuterung: „daß dem Beklagten, dafern inmittelst solche Verhältnisse eingetreten sein sollten, nach denen anzunehmen wäre, es werde durch die Verabfolgung des Kindes der Parteien an den Beklagten für das Wohl des Kindes besser gesorgt, als durch dessen fernere Ueberlassung an die Klägerin, unbenommen bleibe, sich deshalb mit begründeten Anträgen an das competente Vormundschaftsgericht zu wenden." — Hierbei ist hinsichtlich des mit der Appellation gegen das erste Urthel verbundenen, neuerlich nicht wieder angeregten Vorbringens des Beklagten Bl. —, nach welchem er eine wohleingerichtete Hauswirthschaft und sich anderweit verehelicht hat, nur noch so viel zu bemerken, daß hierauf kein entscheidender Einfluß zu setzen gewesen ist, da sich daraus noch keineswegs folgern läßt, daß das Kind bei der Stiefmutter ebensogut, wie bei der leiblichen Mutter, die nöthige Pflege erhalten würde, und da, selbst wenn man dies anzunehmen hätte, dadurch der, ceteris paribus größere, Anspruch der leiblichen Mutter, selbst dem Kinde diese Pflege zu widmen, nicht für widerlegt zu erachten wäre. Ebensowenig aber würde, wie die Klägerin Bl. — verlangt, die anderweite Verehelichung des Beklagten an sich als ein Grund betrachtet werden können, weshalb ihm das Kind nicht zu überlassen wäre."

---

## 96.

**Der neue Erwerber eines Grundstücks muß den Miethbewohnern zu Ermittelung eines anderweiten Unterkommens so viel Zeit, als die übliche Kündigungsfrist beträgt, vergönnen. — Ein eingeräumtes Wohnungsrecht, welches im Grund- und Hypothekenbuche nicht verlautbart ist, steht in dieser Beziehung dem Miethverhältnisse gleich.**

Mitgetheilt von

Herrn Act. H. in B.

Der Eigenthümer des sub No. — des Brandcatasters zu B. eingetragenen Gutes, der Oekonom R., hatte im Jahre 1852 unter dem Anbringen, daß sich in seinem gedachten Gute ein gewisser T. ohne alles Recht aufhalte, indem das angebliche Auszugsrecht, auf Grund dessen derselbe seinen Aufenthalt im Gute behaupte, auf dem Folium des letztern im Grund- und Hypothekenbuche nicht eingetragen sei, bei den Gerichten zu B. auf Ermission des genannten T. und demnächst auf Erlassung gewöhnlicher Ermissionsauflage an denselben angetragen.

Da das Anbringen R.'s insofern ganz begründet erschien, als für genannten T. ein Wohnungs- oder

sonstiges Auszugsrecht auf dem R.'schen Gute im Grund- und Hypothekenbuche in der That nicht eingetragen war, so hatte das Gericht dem eben erwähnten Ermissionsantrage durch eine darauf an Impetraten T. erlassene Ermissionsauflage, in welcher dem T. die binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Ermission zu bewirkende Räumung der von ihm behaupteten Wohnung im R.'schen Gute aufgegeben wurde, um so mehr entsprechen zu müssen geglaubt, als, wenn auch Impetrat T. bei Impetrantens R. Vorbesitzern F. und K. ein derartiges Wohnungsrecht genossen, dies doch nur als eine rein persönliche Gewährung Seiten dieser letztern beiden gelten konnte, da darauf und auf dessen Constituirung die Bestimmungen in §. 1. und 2. der Bekanntmachung einiger Rechtssätze in Bezug auf den Auszug vom 2. October 1839 an sich nicht in Anwendung zu bringen wären, und nach §. 3. des Gesetzes vom 6. November 1843 jenes angebliche Befugniß die Realeigenschaft nur durch Eintragung im Grund- und Hypothekenbuch erlangt haben würde.

Gegen diese Auflage, sowie gegen das wider ihn eingeleitete Ermissionsverfahren überhaupt appellirte Impetrat T., und es erließ das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig auf diesfalls erstatteten Bericht unterm 5./16. November 1852 folgende Verordnung an das Gericht:

„Wenn nun das dem Impetraten T. von einem Vorbesitzer des Impetranten, Friedrich August K., Bl. — zugestandene, und auch von dem Besitzvorgänger des Impetranten, Johann Gottlob F., Bl. — übernommene Wohnungsrecht nach der Ansicht des Königl. Appellationsgerichts mit einem Miethverhältnisse auf gleicher Linie steht, die Beendigung eines solchen Verhältnisses jedoch stets den Ablauf der bedungenen Miethzeit oder rechtzeitige Kündigung voraussetzt, hiernächst bekanntlich die Kündigungsfrist im Zweifel ein volles Vierteljahr mit Berücksichtigung der üblichen Umzugsfristen enthalten muß, weiter der Grundsatz, daß Kauf Miethe breche, nur dahin aufzufassen, daß der neue Erwerber an die besonderen, zwischen dem Vorbesitzer und dem Miethinhaber bestandenen Verabredungen nicht gebunden ist, dagegen an den sonstigen Bedingungen der Kündbarkeit etwas nicht ändert, wie solches das Königl. Appellationsgericht in allen zu seiner Cognition bisher gelangten Fällen ausgesprochen hat, hiernach aber die auf den Antrag Bl. — nach Bl. — erlassene Auflage lediglich aus dem Gesichtspunkte einer Kündigung angesehen werden kann, und da sie erst am 8. October d. J., also nach dem Michaelistermine, erbeten worden, für den Weihnachtstermin als verspätet sich darstellt, und demzufolge die stattgefundene Kündigung allererst für Ostern künftigen Jahres in Wirksamkeit treten kann, so verordnet das Königl. Appellationsgericht in Beachtung des ergriffenen Rechtsmittels an die ermeldeten Gerichte hiermit, mit weiterem Verfahren gegen den Impetraten bis zu dem bezeichneten Zeitpunkte Anstand zu nehmen.

Die durch das gegenwärtige Rechtsmittel erwachsenen Kosten werden mit Hinsicht auf den Wechsel der Entscheidung gegen einander aufgehoben."

Gegen diese Verordnung appellirte wiederum Kläger, das Königl. Oberappellationsgericht verwarf jedoch mittelst Verordnung vom 19. Januar 1853 unter Compensation der Kosten das eingewendete Rechtsmittel, und fügte seiner Verordnung folgende Entscheidungsgründe bei:

„In der Hauptsache ist man mit der vorigen Instanz völlig einverstanden. Denn wenn schon Impetrantens Anführen Bl. — insofern beizupflichten ist, daß das Verhältniß eines Abmiethers von dem Rechte desjenigen, welcher als Auszügler in einem Grundstücke wohnt, in vieler Hinsicht sehr verschieden ist, so kommen sie doch darin überein, daß der letztere ebenso, wie der erstere, durch einen gültigen Rechtstitel die Wohnung erlangt hat, und als rechtlicher Inhaber derselben zu betrachten ist. Wenn nun schon bei Veräußerung des Grundstücks, ohne daß für Erhaltung ihrer Rechte Vorsorge getroffen, und ein diesfallsiger Vorbehalt in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen ist, das Recht des Erwerbers stärker ist, als das des Abmiethers oder Auszüglers, und dieser daher dem Erwerber weichen muß, so ist es doch nicht allein der Billigkeit, sondern auch dem rechtlichen Verhältnisse gemäß, daß der Eine sowohl als der Andere nicht sofort, oder mit Belassung einer so kurzen Frist, wie die Bl. — anberaumte, herausgesetzt, sondern daß ihm zum Abzuge und zu Ermittelung eines anderweiten Unterkommens so viel Zeit, als die bei Wohnungen ähnlichen Umfanges übliche Kündigungsfrist beträgt, vergönnt werde.

Und als solche stellt sich im vorliegenden Falle die einvierteljährige dar.

Daher war die eingewendete Appellation zu rejiciren, jedoch, da die vorige Entscheidung reformatorisch war, die Compensation der Unkosten des Rechtsmittels auszusprechen."

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 46.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 97.

1) Der Richter darf zu einem durch die Lossagung eines Erben vacant gewordenen Nachlaßantheil keinen Vertreter bestellen, wenn ein Miterbe, welcher die Erbschaft angetreten hat, vorhanden ist. 2) Obliegenheiten des Richters in Bezug auf die Ausantwortung des Nachlasses und Sicherstellung der Nachlaßgläubiger.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. R. in L.

Im Monat Mai 1852 starb J. H. B. und hinterließ seine Ehegattin, L. B., wie eine noch unmündige Tochter erster Ehe, S. B., zu Intestaterben. Die Nachlaßactiva bestanden, außer in 700 Thlrn. —ˢ —ˢ an baarem Gelde und etwa 20 Thlrn. —ˢ —ˢ Werth von Mobilien, in etwa 3200 Thlrn. —ˢ —ˢ außenstehenden Forderungen, die jedoch von einer solchen Beschaffenheit waren, daß man einen großen Theil derselben ohne Weiteres für vollständig werthlos halten, jedenfalls aber rücksichtlich aller behaupten konnte, daß deren Realisirung sehr problematisch sei. Die Nachlaßpassiven dagegen bestanden aus circa 5500 Thlrn. —ˢ —ˢ angemeldeten Forderungen, darunter 3227 Thlr. —ˢ —ˢ Betrag des von der Tochter S. B. liquidirten eigenen und dem Vater zur Verwaltung überlassen gewesenen Vermögens.

Während die verw. L. B. den Nachlaß cum beneficio inventarii antrat, genehmigte das Gericht zu L., ebensowohl die Nachlaßbehörde, als rücksichtlich der unmündigen S. B. die Obervormundschaftsbehörde, nachdem es sich von dem Stande der Sache überzeugt hatte, die Lossagung jener von dem Erbe, welches ihr nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge zu drei Viertheil zugehört haben würde, autorisirte den Vormund der Unmündigen, deren Forderungen beim Nachlaß anzumelden, behielt die eingegangenen Gelder im Depositum und bestellte für den durch die Lossagung vacant gewordenen Antheil in der Person des Advocaten A. A. einen Nachlaßvertreter. Das Gericht erachtete diesen Schritt für vollkommen gerechtfertigt, theils mit Rücksicht darauf, daß die verw. L. B. immittelst (im Juni 1852) außer Landes und, dem Vernehmen nach, nach Australien gegangen war, jedenfalls aber an einem dem Gerichte und der Gläubigerschaft unbekannten Orte sich aufhielt, und es hiernach und beim Mangel jeder Garantie ihrerseits bedenklich fiel, derselben ohne Weiteres die Vertretung der durch die Lossagung der unmündigen Miterbin offen gewordenen drei Viertheil der Verlassenschaft zu überlassen, da dann die Activen der letzteren recht bald auf irgend welche Weise eingezogen, den Gläubigern aber die Möglichkeit benommen sein würde, ihre Ansprüche zu verfolgen, theils in Betracht dessen, daß die Wittwe den ihr gesetzlich obliegenden Beweis, daß die Eltern des defunctus verstorben seien, nicht oder wenigstens nicht vollständig geführt hatte, theils endlich mit Rücksicht darauf, daß die Unmündige hauptsächlichste Gläubigerin geworden, und daß das Gericht, als obervormundschaftliche Behörde, auch in dieser Beziehung das Interesse derselben wahrzunehmen eingedenk sein müsse.

Kurz darauf, und nachdem sich die Wittwe durch ihren gerichtlich legitimirten Sachwalter bereits auf mehrere Eingaben des curator hereditatis in materieller Beziehung eingelassen hatte, erschien sie am

14. April 1853 ebenfalls durch ihren Sachwalter mit einer Schrift bei den Acten, in der sie erklärte, daß sie auch die ausgeschlagenen Drei Viertheile, welche ihr nunmehr gesetzlich angefallen seien, als Erbin cum beneficio antrete, sowohl deren als die Ausantwortung des ihr schon früher angefallenen einen Viertheils, auch sofortige Wiederaufhebung der bestellten cura hereditatis beantrage, demnächst deprecirte, daß sie zu den durch die Bestellung des curator verursachten Kosten aus dem Nachlasse etwas beitrage, gegen die Rechtsgültigkeit irgend eines von dem angeblichen Nachlaßvertreter bisher vorgenommenen oder noch vorzunehmenden Actes protestirte, und eventuell gegen die Zurückweisung ihrer Erklärungen, ihrer Anträge und ihrer Protestation appellirte.

Die Appellation wurde einberichtet, und es erging darauf folgende Verordnung (Mai 1853):

„Das K. Appellationsgericht zu Leipzig erachtet in Berücksichtigung der Anzeige des Vormundes der minorennen S. B. Bl. —, wonach die Appellantin bereits im Juni 1852 eine Reise nach Australien unternommen hat, und der dermalige Aufenthaltsort derselben selbst ihrem Sachwalter unbekannt sein soll, vor allen Dingen für erforderlich, daß der letztere, da demselben für den Fall, daß die gedachte Anzeige Bestätigung fände, das von der Wittwe B. übertragene Patrocinium nach Befinden nicht weiter zu belassen, vielmehr die Bestellung eines Abwesenheitsvormundes vorzukehren sein würde, über die diesfallsigen Verhältnisse näher befragt, und sodann auf Grund des Ergebnisses zuvörderst in erster Instanz die nöthige Entschließung gefaßt werde.

So viel dagegen das in der Sache selbst weiter einzuschlagende Verfahren betrifft, so befindet das Königliche Appellationsgericht, in Erwägung, daß die Bl. — verzeichneten Activen des Nachlasses, unter der Voraussetzung, daß die den Hauptbestandtheil des hinterlassenen Vermögens bildenden Außenstände, wie solches von den Erbinteressenten übereinstimmend versichert wird, zum größten Theil völlig inexigibel sind, durch die Bl. — ersichtlichen Passiven anscheinend bei weitem überstiegen werden, nach den oben angezogenen Actenstellen auch eine Mehrzahl von Nachlaßgläubigern vorhanden ist, für angemessen, daß das Gericht zuvörderst die Kräfte des Nachlasses genau ermittele und feststelle, und, dafern sich hierbei dessen Insolvenz ergiebt, mit Eröffnung des Concurses zu der Verlassenschaft verfahre, als wodurch dann sowohl die von der Appellantin angefochtene, zu drei Viertheilen des Nachlasses bestellte cura hereditatis, als der Anspruch derselben auf Ausantwortung des gesammten Nachlasses von selbst zur Erledigung gelangen würde.

Dem Vorstehenden gemäß hat daher das genannte Gericht zu L., wie andurch unter Verwerfung der eingewendeten Appellation verordnet wird, das allenthalben Nöthige zu verfügen und zu besorgen.

Die durch das ergriffene Rechtsmittel verursachten Kosten sind von der Appellantin einzubringen."

Die verw. L. B. remedirte anderweit, und es verordnete nunmehr das K. Oberappellationsgericht (Juli 1853):

„Daß es weder bei der Bl. — ersichtlichen Verordnung vom Mai 1853, noch bei der Resolution Bl. — zu lassen; vielmehr ist in ersterer Beziehung mit der angeordneten Befragung des Sachwalters der Appellantin und der verfügten Ermittelung und Feststellung der Kräfte des Nachlasses ihres Ehemannes zur Zeit anzustehen, in letzterer Hinsicht dagegen in Entsprechung der Anträge Bl. — der bestellte Nachlaßvertreter dieser Function wieder zu entheben, auch der durch dessen Bestellung veranlaßte Kostenaufwand, einschließlich der Extrajudicialien des Nachlaßvertreters, nicht aus dem Nachlasse Eingangsgedachten B.'s, sondern vom Gericht zu übertragen. Dagegen ist der Bl. — beantragten Ausantwortung dieses Nachlasses an die Appellantin zur Zeit noch Anstand zu geben. Die in voriger Instanz erwachsenen Kosten anlangend, bewendet es bei der Bl. — desfalls getroffenen Verfügung; es ist auch Appellantin die durch das gegenwärtige Rechtsmittel, welches, insoweit es sich durch Vorstehendes nicht erledigt, zu verwerfen gewesen, veranlaßten Kosten zu übertragen verbunden."

Entscheidungsgründe. „In voriger Instanz hat Man die Frage, ob zu der Bl. — erfolgten Bestellung eines Nachlaßvertreters in J. H. B.'s Verlassenschaft gegründeter Anlaß, oder ob und in wieweit den Anträgen der L. verw. B. Bl. — Statt zu geben gewesen, unbeantwortet gelassen, vielmehr in zweifacher Beziehung Erörterungen angeordnet, durch deren Erfolg nach Befinden sowohl die zu drei Viertheilen des Nachlasses bestellte cura hereditatis, als der Anspruch der Wittwe auf Ausantwortung des gesammten Nachlasses von selbst zur Erledigung gelangen könne. Nun gewähren aber die Acten nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts zu den von dem Königlichen Appellationsgerichte angeordneten Erörterungen keinen Anlaß, und es ist deren von der Appellantin speciell mit beantragte Beanstandung zu verfügen gewesen. Denn, was die mögliche Weise für nöthig erachtete Bestellung eines

Abwesenheitsvormundes für die verw. B. anlangt, so hat sich deren Anwalt mit Recht auf die Bl. — im Originale überreichte, ihrem Inhalte nach für ausreichend zu erachtende, gerichtlich recognoscirte Generalvollmacht und die Vorschrift Cap. XXV. §. 2. der allgemeinen Vormundschaftsordnung vom 10ten October 1782 bezogen, wonach von allen auf Bevormundung der verw. B. wegen deren Abwesenheit abzweckenden Einleitungen wenigstens für jetzt gänzlich abzusehen ist. Ebensowenig kann bei der dermaligen Sachlage der Bl. — nachgewiesene Anschein einer Ueberschuldung des B.'schen Nachlasses und das Vorhandensein einer Mehrzahl von Nachlaßgläubigern der Nachlaßbehörde Veranlassung geben, die Kräfte des Nachlasses zu ermitteln und bei dessen sich ergebender Insolvenz mit Eröffnung des Concurses zu der B.'schen Verlassenschaft zu verfahren. Denn, nachdem die verw. B., deren gesetzliches Erbrecht im Allgemeinen in Liquidität beruht, und von welcher nur noch, um sich als alleinige Erbin zu legitimiren, das Ableben der Ascendenten ihres verstorbenen Ehemannes nachzuweisen ist, die Verlassenschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, so kann, wie allerdings schon aus den von der Appellantin geltend gemachten Bestimmungen des geschärften Mandats wider die Banquerouteurs vom 20sten December 1766 unter 16. sich ergiebt, von einer Eröffnung des Concursprocesses zu der Verlassenschaft des verstorbenen B. überhaupt nicht weiter die Rede sein. Es kann nach Befinden auf Antrag der Erbin zu Erlassung von Edictalien nach dem Mandate vom 13ten November 1779 kommen. Auch steht es dem Gericht natürlich auf Anträge von Nachlaßgläubigern, oder, in seiner Eigenschaft als obervormundschaftliche Behörde, auch Amtswegen frei, auf Sicherstellung des Nachlasses Bedacht zu nehmen. Ist aber eine Verlassenschaft von dem oder den Erben angetreten worden, und hat erstere hierdurch einer Seits ihre rechtliche Vertretung gefunden, anderer Seits als eine besondere universitas juris zu bestehen aufgehört, so ist eine Eröffnung des Concursprocesses (abgesehen von dem Falle einer zulässigen Wiederlosſagung der Erben) nur noch den Erben gegenüber denkbar. Zu Eröffnung des Concursprocesses zu dem Vermögen des Erben, wenigstens von Amtswegen und ohne Antrag eines Nachlaßgläubigers, würde aber, nach bekannten Grundsätzen über den Umfang der Verpflichtungen eines Erben gegen die Nachlaßgläubiger und die Berechtigung des ersteren zu Bezahlung richtiger Nachlaßschulden bis zum Betrage der Erbschaft, die Insufficienz der Erbmasse allein noch keinen hinreichenden Anlaß gewähren.

vergl. Curtius, Handbuch, Bd. II. Abthl. II. §. 915. und not. m. Ausgabe 3.

von Langenn und Kori, Erörterungen, Thl. I. Abh. XI. Ausg. 2.

Anlangend nunmehr den Widerspruch der Appellantin gegen das Fortbestehen der zu drei Vierteln der B.'schen Verlassenschaft bestellten cura hereditatis, so liegt das Unzulässige dieser von der Nachlaßbehörde getroffenen Maaßregel auf der Hand. Denn der Nachlaß hat in der Appellantin seinen Vertreter, und die Rücksicht, daß diese sich noch nicht als alleinige Erbin legitimirt hat, kann unmöglich zur Bestellung eines Nachlaßvertreters führen. Nur wo es sich darum handelt, dem durch einen Erben noch nicht vertretenen Nachlasse wegen der durch letzteren zu repräsentirenden Rechte und Verbindlichkeiten ein Organ zuzuordnen, kann die Bestellung eines Nachlaßvertreters erfolgen. Es setzt diese eine noch ruhende Erbmasse (hereditas jacens) voraus, und ein Verlassenschaftsvertreter neben einem Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat, ist rechtlich überhaupt nicht denkbar.

Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc. N. F. Bd. VII. pag. 173.

Uebrigens würde die Function des Nachlaßvertreters, wenn er zu bestellen gewesen und der Begriff einer ruhenden Erbschaftsquote überhaupt rechtlich denkbar wäre, eben in Vertretung der Erbschaft nach Höhe dieser Quote, nicht aber in Vertretung der unbekannten, möglicher Weise vorhandenen Miterben der Appellantin und eben so wenig in der Seiten des Gerichts zu L., nach Bl. — und Bl. —, dem Nachlaßvertreter aufgetragenen Ermittelung dieser Miterben zu bestehen gehabt haben. Daß auch die von dem Vormunde der unmündigen B.'schen Tochter Bl. — flg., sowie von dem Gerichte in dem Berichte Bl. — geltend gemachte Verbindlichkeit zur Fürsorge für die Nachlaßgläubiger, zu denen die gedachte Unmündige gehört, nicht zu Bestellung eines Verlassenschaftsvertreters führen kann, folgt aus dem, was über dessen Stellung so eben bemerkt worden, von selbst, und unter diesen Umständen war nicht nur dem Antrage der Appellantin auf sofortige Aufhebung der angelegten cura zu entsprechen, sondern bei deren offenbarer Unzulässigkeit auch die gerichtliche Uebertragung der dadurch veranlaßten Kosten, zu welchen natürlich auch die Extrajudicialien des Vertreters gehören, anzuordnen.

Anders verhält es sich mit dem Antrage der Appellantin Bl. — auf Ausantwortung des Nachlasses, da theils, wenn auch andere Nachlaßgläubiger Sicherheitsmaaßregeln zur Zeit nicht beantragt haben, die Behörde so berechtigt, als verpflichtet ist, auf

Sicherſtellung der vorgenannten, vor ihr bevormundeten minderjährigen Nachlaßgläubigerin bedacht zu ſein, theils es an jedem Nachweiſe fehlt, daß die in dem Todtenſcheine Bl. — aufgeführten B.'ſchen Eheleute die Eltern des verſtorbenen J. H. B. ſeien; von einer Ausantwortung derjenigen Erbſchaftsquote, welche der Appellantin bei ihrer Concurrenz mit den Aſcendenten des Erblaſſers gebühren würde, aber ſchon um deswillen nicht füglich die Rede ſein kann, weil eine ſolche theilweiſe Ausantwortung der zum gerichtlichen Depoſitum genommenen Nachlaßobjecte gewiſſermaaßen eine Erbſchaftstheilung in ſich faſſen, und wenigſtens dieſer, welche natürlich nicht ohne Concurrenz der Miterben erfolgen könnte, vorgreifen würde.

Die Koſten voriger und jetziger Inſtanz müſſen von der Appellantin übertragen werden, da dieſelbe keiner Gegenpartei, ſondern dem Gericht gegenüber ſteht und die Unrichtigkeit der von dieſem in der Sache befolgten Rechtsanſichten keinen hinreichenden Grund abgiebt, um daſſelbe zu Uebertragung der Appellationskoſten für verbunden zu achten."

Hiergegen nun wendete ſich das Gericht an das K. Juſtizminiſterium, namentlich um eine Abänderung wegen des Koſtenpunktes zu erlangen, und machte, ſowohl zu Rechtfertigung der gewünſchten Abänderung, als auch des in der Sache eingehaltenen Verfahrens, in dem erſtatteten Berichte Folgendes vorſtellig:

„Wir ſind — heißt es im Berichte — durch Zuerkennung der Verbindlichkeit, die geſammten Koſten zu übertragen, gewiſſermaaßen Partei geworden; es iſt uns aber weder vorher die Möglichkeit gegeben worden, unſere Rechte in dieſer Beziehung wahrzunehmen, noch auch würde nachher, wenn unſer Geſuch als ungeeignet zurückgewieſen werden ſollte, für uns die Möglichkeit vorhanden ſein, uns hiergegen zu vertheidigen, wir würden mithin gegen alle ſonſtigen Principien über den Inſtanzenzug bei einem Erkenntniß Beruhigung faſſen müſſen. Wir glauben, uns hierbei auch insbeſondere noch auf die

Verordnung vom 8. Januar 1838, die Entſcheidung eines Zweifels über die Anwendung der Beſtimmung §. 38. no. 3. des Geſetzes B. vom 28. Januar 1835 — Geſ.- u. Verordn.-Bl. 1838. pag. 32. —

berufen zu können, indem der Fall, der dieſe Verordnung hervorgerufen, mit dem gegenwärtigen ganz gleich iſt und daher eine analoge Anwendung der Beſtimmungen dieſer Verordnung, d. i. Verſtattung einer zweiten Inſtanz zu Ertheilung über den Koſtenpunkt, wohl gerechtfertigt ſein dürfte. Dabei kann nach unſerm Dafürhalten, auf die Beſtimmung im Schlußſatze des §. 30. des B. Geſetzes vom 28. Januar 1835, wonach bei Appellationen wider das Verfahren gegen die Verordnung der dritten Inſtanz keine Appellation weiter zuläſſig ſein ſoll, gegenwärtig um deswillen nichts ankommen, weil dieſe Dispoſition lediglich die den Parteien geſtatteten Rechtsmittel im Auge hat, nicht aber die hier verliegende Frage berührt, ob ſich ein Gericht bei einem Falle, wie dem jetzigen, wo ihm erſt in letzter Inſtanz die Koſtenübertragung zuerkannt worden, bei dieſer einzigen Entſcheidung zu beruhigen hat, oder ob es ſich nicht vielmehr ebenfalls einer zweiten Inſtanz wenigſtens zur nochmaligen Beurtheilung dieſes Incidentpunktes erfreuen kann. Der Abänderung über den Koſtenpunkt haben wir aber auch noch um deswillen zuverſichtlich entgegenzuſehen, weil unſer Verfahren in der Sache ſelbſt mit den beſtehenden, auf den fraglichen Fall anzuwenden geweſenen Rechtsgrundſätzen keineswegs im Widerſpruche ſteht. Denn was zunächſt den in den Entſcheidungsgründen des K. Oberappellationsgerichts an die Spitze geſtellten Satz anlangt, daß nur dann ein Nachlaßvertreter zu beſtellen ſei, wenn und wo es ſich darum handele, dem durch einen Erben noch nicht vertretenen Nachlaſſe, wegen der durch letzteren zu repräſentirenden Rechte und Verbindlichkeiten, *ein Organ* zuzuordnen, und daß ein Verlaſſenſchaftsvertreter neben einem Erben, welcher die Erbſchaft angetreten, rechtlich überhaupt nicht denkbar ſei, ſo finden wir dagegen wenigſtens in den römiſchen Rechtsquellen — und auf dieſe hat man im Mangel vaterländiſcher geſetzlicher Beſtimmungen bei Beurtheilung der rechtlichen Natur der Nachlaßvertretung wohl allein zu recurriren — in den Worten der l. 9. §. 1. D. (42. 4.) welche wörtlich lauten:

„si alter ex heredibus intra tempora sibi praestituta deliberet adire hereditatem, alter vero neget se aditurum, videndum est, quid creditoribus agendum sit. Et placet, interim eos in possessionem mittendos custodiae causa donec appareat, is, qui deliberat, utrum agnoscat partem suam, an non agnoscat."

ebenſo einen Anhalt für die Richtigkeit der von uns befolgten Meinung. Liegt zwar in dieſer Geſetzesſtelle noch nicht der Fall vor, daß der heres (qui adire deliberat) bereits angetreten habe, ſo wird doch eben angeordnet, in einem ſolchen Falle im Intereſſe der Gläubiger Vorkehrungen zu treffen, da es ſich bei dem noch deliberirenden Erben nur um einen theilweiſen Erbſchaftsantritt handelt — Vorkehrungen, welche

„si res urget, vel conditio bonorum",

auch, wie aus der vorhergehenden
lex 8. cod.
hervorgeht, darin bestehen können,
„ut curator constituatur".

Ganz besonders aber hat man bei Beurtheilung unserer Maaßregeln die vorliegenden Verhältnisse ins Auge zu fassen. Sollte den Gläubigern irgend welche Aussicht auf Befriedigung verschafft werden, so handelte es sich darum, sofortige Vorkehrungen zu treffen, theils um die Außenstände, bei denen in jeder Beziehung periculum in mora ist, möglichst und sofort zur Realisirung zu bringen, theils aber auch, um zu verhindern, daß Seiten der Wittwe, die außer Landes sich irgendwo, dem Vernehmen nach in Australien, aufhält und mithin den Armen der hiesigen Justiz, zunächst wenigstens, nicht erreichbar ist, Kräfte der Verlassenschaft eingezogen würden. Es handelt sich darum, unserer Mündelin selbst den Weg anzubahnen, ihre Ansprüche als Gläubigerin — als wozu deren Vormund nach Bl. — ausdrücklich bereits autorisirt worden war — an den Nachlaß zu verfolgen, und hatten wir nach dieser Autorisation allerdings zu erwarten, daß der Vormund sofort klagend auftreten würde.

Gegen wen würde er aber seine Klage haben richten sollen? Gegen die Wittwe? Wohl nicht allein, denn diese war ja nur nach Höhe von einem Viertheil Erbin geworden, und hatte sich vom 18. Februar 1853 an, als wo ihr nach Bl. — die Lossagung ihrer Stieftochter von der Verlassenschaft eröffnet worden war, bis zum 14. April 1853 darüber, ob sie auch auf den offen gewordenen Theil als Erbin Anspruch mache, d. i. denselben antrete, gar nicht erklärt, ja sie hat sich bis zum heutigen Tage, wenn sie auch diese Antrittserklärung Bl. — abgegeben hat, doch, wie dazu gehört, noch nicht legitimirt. Will man nun auch zugeben, daß dieselbe nach Wegfall der Descendenz bis zu einem Drittheil wenigstens legitimirte Erbin ist, so ist sie es doch noch nicht auch bezüglich der übrigen zwei Drittheile, und würde daher, bei einer etwa wider sie allein angestellten Klage, die legitimatio ad causam passiva auf alle Fälle nicht erbracht werden können — siehe §. 124. des Erbfolgemandats —. Sollten nun aber Gläubiger in einem solchen Falle so lange der Möglichkeit entbehren, ihre Ansprüche im Rechtswege zu verfolgen, bis die Wittwe im Stande und gewillt ist, ihre Legitimation zu beschaffen? Wie dann, wenn sich später herausstellt, daß noch erbberechtigte Seitenverwandte existiren? Wir waren der Ansicht, daß in einem solchen Falle die Gläubiger berechtigt seien, selbst einen Antrag auf Bestellung eines Vertreters derjenigen Erbquoten, zu denen legitimirte Erben noch nicht existiren, zu stellen, und verschritten ex officio nur um deswillen dazu, weil wir die Interessen unserer Pflegbefohlenen möglichst wahrgenommen und den Vormund nicht zu etwas autorisirt haben mochten, was nach Lage der Sache nicht ausführbar ist. Es wird sich nicht behaupten lassen, daß, wenn die Wittwe früher erklärt hat, den Nachlaß mit Bezug auf das ihr angefallene Viertheil antreten zu wollen, später sich aber die Verhältnisse so gestalten, daß sie als Erbin auf eine größere Erbschaftsquote Anspruch machen kann, die frühere Antrittserklärung sich ohne Weiteres auch auf den neu hinzugekommenen Theil erstreckt. Vielmehr ist, nach unserm Rechte, wo Niemand ohne Antrittserklärung, sei es ausdrückliche, oder stillschweigende — pro herede gestio —, Erbe wird, eine ausdrückliche Erklärung auch beziehendlich der neuen Quote erforderlich. Diese Erklärung konnte Seiten der Wittwe noch später, als geschehen, abgegeben werden, und würde daher der offen gewordene Erbschaftstheil so lange ohne irgend welche Vertretung in activer und passiver Hinsicht i. e. vacans verblieben sein, als es der Wittwe eben gefallen hätte, sich zu erklären.

„Dum deliberant heredes adire, bonis a praetore curator datur",

heißt es in der l. 3. D. de curat. fur. (27. 10.), und diese Maaßregel, natürlich nur provisorischer Natur und sich dann von selbst erledigend, wenn zu dem offen gewordenen Theile der Nachlaßmasse sich legitimirende Erben gemeldet haben würden, war, wenn auch vielleicht theoretisch nicht durchaus gerechtfertigt, doch zweifelsohne heilsam und zweckmäßig für die Gläubigerschaft im Allgemeinen, für unser Mündel insbesondere, und für die die Stelle der Letzteren eventuell einnehmenden Erbinteressenten nicht minder. Hierbei glauben wir, unserer Ansicht nach, noch auf einen inneren Widerspruch aufmerksam machen zu müssen. Die Verordnung sagt: die Wittwe ist Erbin zum Ganzen, und deshalb ist die cura sofort aufzuheben; nun hat sie aber bis zur Stunde die Legitimation, welche das Gesetz erfordert (§. 114. 115. 116. des Erbfolgemandats) nicht beigebracht. Wie nun, wenn sie diesen Nachweis überhaupt nicht beibringt? wenn sie es nicht kann, oder auch nicht will? da nach Allem, was vorliegt, es eigentlich zu erben nichts giebt. Macht sie die bloße Erklärung, das Ganze antreten zu wollen, zur Erbin? an wen haben sich die Gläubiger des Nachlasses zu halten? vor Allem, auf welchem Wege soll die Masse zusammengebracht werden? Es ist angeordnet, daß die Wittwe auf Ausantwortung der Masse zur Zeit keinen Anspruch habe, aber nun ist ja auch Niemand

da, der die Masse herbeizieht. Die Documente, die sich in unserer Verwahrung befinden, lauten auf Außenstände, die im Wege des Processes beigetrieben werden müssen. Dafür kann jetzt gar Nichts geschehen, ein Verlust an diesen Außenständen, die größtentheils auf Wechseln beruhen, ist sehr leicht zu fürchten, und die Gläubiger gehen solchergestalt einer unvermeidlichen Gefahr entgegen, da wir natürlich der Wittwe die Papiere auszuantworten nicht vermögen. Allen diesen Unzuträglichkeiten glaubten wir durch unsere, jetzt als unzulässig erklärte, Maaßregel zu begegnen, der curator sollte die Rechte des offenen Erbantheils bis dahin, wo der gesetzliche Erbe ermittelt sein würde, in activer und passiver Hinsicht vertreten, und, da wir es für gewagt hätten halten müssen, anzunehmen, daß, weil die Wittwe ein Viertheil des Nachlasses angetreten hat, sie eo ipso auch die offen gewordenen drei Viertheile antrete, so fällt eigentlich die Schuld, wenn durch unser Verfahren Kosten erwachsen sind, lediglich auf die Wittwe zurück, die zwar erklärt hat, das Ganze erben zu wollen, aber bis zur Stunde keinen Nachweis geliefert hat, daß ihr ein solches Recht überhaupt zustehe."

Das K. Justizministerium gab darauf folgende Verordnung (Juli 1854):

„Was das Gericht zu L. in dem Berichte vom — gegen die in der Verordnung des Oberappellationsgerichts Bl. — der anbei zurückfolgenden Acten enthaltene Entscheidung, daß die in J. H. B.'s Nachlaßsache durch Bestellung eines Nachlaßvertreters verursachten Kosten einschließlich der Extrajudicialien des letztern von der Nachlaßbehörde zu übertragen seien, beschwerend vorgestellt und zu Rechtfertigung jener Bestellung eines Nachlaßvertreters ausgeführt hat, ist dem Justizministerium der Beachtung nicht unwerth erschienen.

Man hat daher dem Oberappellationsgericht unter Mittheilung obigen Berichts zu erwägen gegeben, ob nicht eine Abänderung jener Verordnung rücksichtlich des zur Beschwerde gezogenen Kostenpunktes auszusprechen sei. Dem hierauf erstatteten Vortrag zufolge ist jedoch das Oberappellationsgericht bei nochmaliger Erwägung der Sache weder in formeller, noch in materieller Hinsicht zu einem Ergebnisse gelangt, wodurch der Beschwerde Abhülfe geschehen könnte. In ersterer Beziehung nämlich stelle sich eine Appellation gegen die gedachte Verordnung als unzulässig dar, weil derselben die Vorschriften in §. 30. des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1835 und §. 1. sub b. des Erläuterungsgesetzes vom 13. Januar 1838 entgegenstünden. Auch komme hinzu, daß es keine der Parteien, sondern das Gericht selbst sei, welches die Entscheidung anfechte, und welchem das Rechtsmittel der Berufung nicht zustehe. Wo aber dieses Rechtsmittel an das Oberappellationsgericht nicht stattfinde, da dürfe dieses nach §. 35. des zuerst angezogenen Gesetzes auch über angebrachte Beschwerden nicht cognosciren. Demnächst liege aber auch in materieller Beziehung ausreichender Grund zu einer Aenderung nicht vor. Denn wenn schon das Gericht zu L. für die erfolgte Bestellung eines Nachlaßvertreters Gründe angeführt habe, welche die Sache einigermaaßen als zweifelhaft darstellten und die getroffene Maaßregel entschuldigen möchten, so erscheine dieselbe dadurch doch nicht vollständig gerechtfertigt, und es habe daher bedenklich fallen müssen, die dadurch entstandenen Unkosten von den Parteien tragen oder aus dem Nachlasse entnehmen zu lassen, besonders da keine der Parteien auf diese Maaßregel angetragen habe. Es folge dieses aus der Lage der Sache von selbst, ohne daß das Gericht eine Ahndung, welche sein richterliches Ansehen beeinträchtigen könnte, darin zu erblicken habe.

Unter diesen Umständen, und da der fragliche Ausspruch über den Kostenpunkt eine richterliche Entscheidung enthält, welche nicht auf Beschwerdeführung abgeändert werden kann, sieht das Justizministerium Sich außer Stande, auf den Eingangs angezogenen Bericht etwas Weiteres zu verfügen und giebt solches dem Gericht zu L. zu seiner Bescheidung hierdurch zu erkennen."

---

## 98.

**Die exceptio fori incompetentis ist auch beim Handelsgerichte zu Leipzig sofort bei der mündlichen Verhandlung im Termine selbst vorzuschützen. — Das Gericht ist, wenn es die Parteien zum Verfahren verwiesen hat, nicht mehr berechtigt, wider den Willen des Klägers die Competenz abzulehnen.**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. K. in L.

Am 10. October 1853 ließ der Kramer B. in L. Augusten verw. A., welche in N. ein Instrumentenmachergeschäft betreibt und zur Messe in Leipzig anwesend war, vor das dortige Handelsgericht citiren und brachte unter Eidesantrag klagend an:

Er sei mit der Beklagten dahin überein gekommen, daß er ihren Sohn auf fünf hinter einander folgende

Jahre, nämlich auf die Zeit vom 1. Juni 1851 bis 1. Juni 1856 in sein Geschäft als Lehrling auf- und annehmen, dagegen Frau A. ein Lehrgeld von 350 Thalern, zahlbar mit

150 Thlrn. beim Antritte der Lehre,
100 " nach Zurücklegung des ersten und
100 " nach Zurücklegung des zweiten Lehrjahres,

entrichten sollte.

Ihr Sohn sei auch am 1. Juni 1851 bei ihm in die Lehre eingetreten und darin bis Ostern 1853 verblieben, zu dieser Zeit aber habe er die Lehre ohne seine, Klägers, Bewilligung verlassen, sei auch erhaltener Aufforderung ungeachtet zur Fortsetzung der Lehre nicht zurückgekehrt.

Kläger, welcher zur Auslernung bereit sei, habe von Beklagter bis jetzt nur 300 Thaler auf das von ihm zu fordernde Lehrgeld erhalten und es sei dieselbe auf die am 1. Juni 1853 zu zahlenden 100 Thaler dem Kläger 50 Thaler schuldig geblieben, in deren Bezahlung nebst Zinsen Kläger die Beklagte zu verurtheilen bat.

Letztere, welche ohne einen rechtlichen Beistand erschienen war, gab zwar zu, daß ein Contract der Art, wie ihn die Klage erwähne, abgeschlossen worden sei, behauptete aber, daß von Klägerm ihr gleich darauf die geklagten 50 Thaler erlassen worden seien, lehnte jeden Vergleich ab und bedung sich rechtliches Gehör.

Es wurden daher die Parteien zum rechtlichen Verfahren verwiesen und es erhielt die Beklagte vom Gericht die Bedeutung, sich auf die erhobene Klage bis Nachmittags 5 Uhr unter der Verwarnung des Eingeständnisses und der Ueberführung einzulassen und die Bescheinigung ihrer Ausflüchte bis zum 24. October Nachmittags 5 Uhr bei deren Verlust bei den Acten einzureichen.

Beklagte erschien hierauf innerhalb der gedachten Einlassungsfrist durch ihren inzwischen bestellten Bevollmächtigten und schützte die Einrede

1) der Unzuständigkeit des Handelsgerichts

und eventuell

2) des bereits erwähnten gänzlichen Erlasses der qu. 50 Thaler

vor, indem sie die Einlassung nur mit Vorbehalt bewirkte.

Kläger entgegnete, daß die Einrede der Incompetenz, wenn sie beachtet werden sollte, im Termine vorzuschützen gewesen wäre, und daß, falls dieselbe materiell begründet wäre, durch Unterlassung der Vorschützung Prorogation des Gerichtsstandes stattgefunden habe.

Das Handelgericht erkannte hierauf Inhalts eines am 28. November 1853 publicirten Bescheides folgender Maaßen:

„Weil die von Beklagter Bl. — am 10. October 1853, also noch am Terminstage und zwar Nachmittags vor 5 Uhr vorgeschützte, mithin rechtzeitig vorgebrachte, auch keineswegs, wie Kläger meint, durch Prorogation des Gerichtsstandes (welche ein Compromiß über das Verfahren oder doch litis contestatio pura ohne Widerspruch gegen das Forum voraussetzt) ausgeschlossene Einrede der Incompetenz des Proceßgerichts allerdings begründet ist, da weder in objectiver Beziehung eine unter Artikel II. der Handelsgerichtsordnung zu subsumirende, von Mercanz, Handlung oder Wechsel herkommende Sache, vielmehr ein Anspruch aus einem mit der Beklagten, als Mutter des in der Klage genannten Sohnes, geschlossenen Lehrvertrage vorliegt, noch auch in subjectiver Hinsicht den Dispositionen des Art. III. der Handelsgerichtsordnung entsprochen, namentlich in der Klage nicht darauf, daß Beklagte Handelsfrau sei, noch darauf, daß sie nach Leipzig Handel treibe, Bezug genommen worden ist, obwohl es bekanntlich dem Kläger obliegt, in der Klage selbst das Erforderliche Behufs der Begründung des gewählten Gerichtsstandes anzuführen, so hat Klägers Suchen allhier nicht statt, auch ist Kläger die der Beklagten verursachten Proceßkosten zu restituiren verbunden."

Auf die von Klägerm gegen diesen Bescheid eingewendete Berufung erkannte das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig laut des am 17. Februar 1854 publicirten Urthels reformatorisch, und theilen wir aus letzterem den auf die Competenz und Prorogation des Forums bezüglichen Passus in Folgendem mit:

„Weil, selbst angenommen, daß Beklagte an sich des Bl. — klagbar gemachten Anspruches halber nicht vor dem Handelsgerichte belangt werden mögen, obschon, soviel wenigstens den einen der Seiten der ersten Instanz für ihre Incompetenz geltend gemachten Umstände, nämlich die persönliche Qualification der Beklagten als Handelsfrau anlangt, dessen Existenz nach dem Zugeständnisse Bl. — mindestens zweifelhaft ist, wenn man aber Beklagte als Handelsfrau ansehen sollte, sodann auch die Relevanz des zweiten Umstandes — der angeblichen Nichtqualification der Sache als Handelssache — nicht unerheblichen Bedenken unterliegen würde, zu einer Abweisung der Klage wegen Nichtzuständigkeit des fori in dem vorliegenden Falle nicht zu gelangen, da exceptiones fori declinatoriae, um Beachtung zu finden, bekanntlich vor der Einlassung auf die Klage

vorgeschützt werden müssen, und insbesondere ein Beklagter der exceptio fori incompetentis dann verlustig geht, wenn er, ohne solche im Termine vorzuwenden, erscheint, mit dem Gegner verhandelt und sich zum Verfahren verweisen läßt, in dem vorliegenden Falle aber Beklagte nach Bl. — ohne Einwand vor dem Handelsgerichte erschienen, über die Klage sich in vollkommen genügender Weise durch Zugeständnisse derselben Bl. — erklärt, daneben sofort in meritis excipirt und sich rechtliches Gehör bedungen, endlich aber nach vergeblicher Vergleichsverhandlung ihre Verweisung zum rechtlichen Verfahren gestattet, nach allen dem also auf die exceptio fori verzichtet hat, dieser Verzicht aber Bl. — nicht mehr tempestiv revocirt werden können, übrigens selbstverständlich von einem Rechte des Gerichts, seiner Seits nunmehr gegen den Willen des Klägers die Competenz abzulehnen, um so weniger die Rede sein kann, als es, falls es solches beabsichtigt, mindestens von einer Verweisung der Beklagten zu dem Verfahren abstehen müssen, ꝛc. ꝛc., so ist es bei dem eingangsgedachten Bescheide auf die eingewendete Berufung allenthalben nicht zu lassen, würde vielmehr Kläger ꝛc. ꝛc. schwören, so ist Beklagte die geforderten 50 Thaler nebst Zinsen des Verzugs, vom 1. Juni 1853 an gerechnet, dem Kläger zu bezahlen, auch die Kosten erster Instanz demselben zu erstatten schuldig und im Unterbleibungsfalle nach Handelsgerichtsbrauch dazu anzuhalten, und werden die Kosten des Rechtsmittels schon um deswillen, weil reformatorisch zu erkennen gewesen, zwischen den Parteien compensirt."

---

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 8. und 9. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 57. Verordnung, die mit der Fürstlich Reußischen, jüngerer Linie, Regierung getroffene Uebereinkunft wegen kostenfreier Erledigung von Requisitionen in Criminal- und Polizeistrafsachen betreffend; vom 10. Juli 1854. No. 58. Verordnung, die Landtagswahl im 2. bäuerlichen Wahlbezirke betreffend; vom 14. Juli 1854. No. 59. Decret wegen Bestätigung des Regulativs für die Sparcasse zu Burgstädt; vom 10. Juni 1854. No. 60. Verordnung, die Landtagswahl im 1. bäuerlichen Wahlbezirke betreffend; vom 1. August 1854. No. 61. Bekanntmachung, das Ableben weil. Sr. Majestät Friedrich August, Königs von Sachsen, betreffend; vom 10. August 1854. No. 62. Verordnung, die Landestrauer für Se. Majestät, weil. König Friedrich August betreffend; vom 10. August 1854. — Letzte Absendung: am 16. August 1854.

Das 10. Stück desselben Gesetz- und Verordnungsblattes enthält: No. 63. Bekanntmachung, die über die Allerhöchste Zusage wegen Aufrechterhaltung der Verfassung ausgefertigte Urkunde betreffend; vom 11. August 1854. No. 64. Verordnung an sämmtliche Criminalgerichte, die Einlieferung von Verurtheilten in die Strafanstalten betreffend; vom 4. August 1854. — Letzte Absendung: am 18. August 1854.

---

**Ernennungen, Anstellungen ꝛc.** Se. Majestät der König haben dem zeitherigen Hülfsrathe beim Appellationsgericht zu Leipzig, Appellationsrath Hermann Baumgarten, die Stelle eines ordentlichen Appellationsraths bei dem genannten Appellationsgericht zu übertragen gnädigst geruht.

---

**Orden.** Se. Königliche Majestät haben dem Präsidenten des Spruchcollegiums zu Leipzig, Domherrn Dr. Carl Friedrich Günther, bei Gelegenheit der Feier seiner fünfundzwanzigjährigen Dienstzeit als Ordinarius der Juristenfacultät und erster Professor der Rechtswissenschaft daselbst, das Comthurkreuz zweiter Classe des Albrechtsordens zu verleihen geruht.

Auch haben Se. Königliche Majestät zu genehmigen geruht, daß derselbe das ihm von Sr. Hoheit dem Herzog von Sachsen-Altenburg verliehene Comthurkreuz erster Classe des Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens annehme und trage.

---

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der Advocat Ernst Ludwig Maukisch zu Dippoldiswalde ist bei den Gerichten zu Schmiedeberg und zu Bärenburg als stellvertretender Justitiar verpflichtet worden.

Der Rechtscandidat Otto Wilhelm Schickert zu Reichenbach ist als stellvertretender Justitiar bei den Gerichten zu Mylau angestellt worden.

---

**Todesfälle.** Gestorben: am 9. Juli 1854 der pensionirte Bürgermeister und Stadtrichter, Advocat Carl Adolph Stoffel aus Lößnitz; am 1. August 1854 der Advocat Moritz Göthel in Wildenfels.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 65 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 47.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 99.

**Pactum de vendendo.** — Die Ausflucht der laesio enormis, der melioratio und des Irrthums in Bezug auf den Inhalt eines von Beklagtem vollzogenen Vertrags.

Mitgetheilt von

Herrn **B. A.** in **T.**

Am 14ten August 1852 reichte der Fabrikbesitzer Wilhelm Eduard M. in D. gegen den Gutsbesitzer Johann Gottlob W. in H. folgende Klage bei den Königl. Kammergutsgerichten zu D. ein:

Seit dem Jahre 1812 ist der genannte Beklagte eigenthümlicher Besitzer eines in der H—berger Flur gelegenen Bauergutes. Im Jahre 1836 verkaufte er von diesem Gute, und zwar von dem am rechten Weiseritzufer gelegenen Theile des Gutes, nach vorgängigem Dismembrationsverfahren an den Kläger: A. ein Stück schlechtes Feld, welches an der Sch—dorfer Flurgrenze gelegen, theils von den Feldern des Gutsbesitzers B. in Sch—dorf, theils von den Grundstücken der Begüterten L. und R. in H—berg begrenzt und nach der Weiseritz zu durch eine gerade von der H—schen nach der Z—schen Grenze gezogene Linie von dem dem Beklagten verbleibenden Areal getrennt wurde, und B. ein ein Dreieck bildendes Stück, das unmittelbar an das Stück A. angrenzte.

Ueber beide Stücke A. und B., welche auch auf dem hier beiliegenden Croquis mit A. und B. bezeichnet und durch Punkte angedeutet sind, nunmehr, das Heißt nach der später geschehenen Landesvermessung und Flureintheilung, die Parcelle 96 und einen Theil der Parcelle 94 bilden, und zusammen 9½ Metzen Land enthalten, ist der der Klagschrift unter P. angeschlossene und confirmirte Kaufcontract unter den Parteien abgeschlossen worden. Dieser Contract ist in allen Punkten zur Ausführung gelangt, und namentlich hat der Kläger als Käufer allen ihm contractlich obliegenden Zahlungs- und sonstigen Verbindlichkeiten vollständig Genüge geleistet. Als besondere Bestimmung dieses Vertrages ist auch in die Urkunde P. ein Satz aufgenommen worden, in welchem sich der Beklagte verpflichtet hat,

> von dem ihm verbleibenden Theile seines Gutes dem klagenden M. nach dessen Ermessen ein beliebig großes Stück, welches jedoch unmittelbar an die ihm verkaufte Parcelle angrenzen sollte, für den Kaufpreis von 275 Thlrn. —,—,— für den Dresdner Scheffel auch später käuflich zu überlassen,

wie solches aus der Beilage P. sich deutlich ergiebt.

Dasjenige noch jetzt, wie damals im Jahre 1836 zum Gute des Beklagten gehörige Stück Land, welches an der vom Beklagten an den Kläger laut der Beilage P. verkauften Parcelle A. B. anliegt und mit dieser unmittelbar zusammenhängt, wird gebildet von den später, nach dem Jahre 1836 bei der Landesvermessung und auch auf dem beiliegenden Croquis mit den Flurbuchsnummern 99. 102. 103. und 104. bezeichneten Parcellen.

Obgleich der Kläger im Jahre 1847 das vom Beklagten erkaufte Stück A. B. mit seinem Antheile, den er an der H—berger Papierfabrik hatte, weiter verkauft hat, so steht ihm dennoch aus der Beilage P. und dem nach derselben mit Beklagtem abgeschlossenen Vertrage, und zwar nach der oben vorgetragenen Bestimmung desselben, die eine rein persönliche Uebereinkunft in sich schließt, unbestritten ein Kaufsrecht auf die Parcellen 99. 102. 103. und 104. des W—schen

Bauergutes oder doch wenigstens auf einen so großen Theil dieser Parcellen zu, als ihm zu erwerben beliebt.

Diese Parcellen, die von der Landesvermessung ein bis an die Weiseritz hin sich erstreckendes Ganzes bilden, im Jahre 1836 also noch nicht in die Flurbuchnummern 99. 102. 103. und 104. getheilt waren, und zwischen der Weiseritz, dem L—schen Feldstücke No. 97. und den zur H—berger Papierfabrik gehörenden Parcellen 30 b. 100. und 101. inneliegen, umfassen ein Areal von zusammen 11 Dresdener Scheffeln und 1 Quadratruthe, indem die Parcelle

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| No. 99. | 2 | Acker | 291 | □R., die Parcelle |
| „ 102. | — | „ | 168 | „ , die Parcelle |
| „ 103. | — | „ | 108 | „ und die Parcelle |
| „ 104. | 1 | „ | 184 | „ |
| Sa. | 5 | Acker | 151 | □R. oder 11 Schfl. 1 □R. |

enthält.

Der Zeitpunkt, für welchen der Kläger das Kaufrecht an diesem Lande des Beklagten sich vorbehalten hatte, ist für ihn jetzt eingetreten, und es hat derselbe dem Beklagten seine Absicht, von ihm das Land ganz oder zum Theil zu erkaufen, zu erkennen gegeben, auch bereits deshalb gegen ihn, da er sich weigerte, auf den vorbehaltenen Kauf einzugehen, und das diesfallsige Recht des Klägers bestritt, bereits im Mai des vorigen Jahres Klage angestellt. Diese Klage ist aber angebrachter Maaßen abgewiesen worden.

Der Kläger wünscht am liebsten alle vier Parcellen, No. 99. 102. 103. 104., oder, wenn dem ein rechtliches Hinderniß entgegenstehen sollte, wenigstens die Parcellen 99. 102. 103. ganz und von der Parcelle 104. die an die Parcelle 103. angrenzende Hälfte für den bedungenen Kaufpreis von 275 Thlrn. —„ —„ für den Dresdener Scheffel vom Beklagten zu erkaufen.

Indem der Kläger sich zur Erlegung des Kaufpreises, wie er sich nach dem Obigen herausstellen würde, bereit erklärte und die Klage durchgängig auf den Eid stellte, stellte er das Klagpetitum dahin, zu erkennen,

daß der Beklagte verbunden sei, den mit dem Kläger im Jahre 1836 abgeschlossenen und hier klagbar gemachten Veräußerungsvertrag allenthalben zu erfüllen, demnach dem Kläger die oben in der Klagschrift bezeichneten vier Parcellen seines Gutes, unter No. 99. 102. 103. und 104. im H—berger Flurbuch eingetragen, entweder ganz oder wenigstens doch die Parcellen 99. 102. 103. und von der Parcelle 104. die an die Parcelle 103. anliegende Hälfte für den Kaufpreis von 275 Thlrn. —„ —„ für den Dresdener Scheffel gerechnet, eigenthümlich abzutreten und zu überlassen, auch die zur etwa erforderlichen Dismembration und sonst zur vollständigen Kauferfüllung nöthigen Verfügungen und Maaßregeln, sowie den Eintrag des Klägers als Eigenthümer des erkauften Landes in das betreffende Grund- und Hypothekenbuch geschehen zu lassen und zu bewirken, und sämmtliche durch diesen Proceß erwachsende Kosten ab- und zu erstatten.

In der Einlassung gestand der Beklagte den Klaggrund in der Hauptsache zu, schützte aber unter anderm die Ausflucht der laesio enormis, der Melioration der in Frage gekommenen Parcellen und des Irrthums vor, deren näherer Inhalt aus den dem Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu D. und des Königl. Oberappellationsgerichts beigefügten Rationen erhellt.

Nach abgesetztem Verfahren erkannte das Königl. Spruchcollegium zu Leipzig in einem am 5. März 1853 publicirten Urthel:

„Weil zu Folge des Klagevorbringens in Verbindung mit dem Inhalte der dabei angezogenen Beifuge sub P. fol. — sqq. Beklagter, als er im Jahre 1836 von dem zu seinem Bauergute gehörigen Feld- und Wiesenlande die in der Klage, *sowie in* dem Croquis fol. — unter A. und B. bemerkten beiden Stücke dem Kläger verkauft, sich besonders verpflichtet hat, von dem ihm verbleibenden Theile dieses Grundstücks (des Feld- und Wiesenlandes) dem Kläger nach dessen Ermessen ein beliebig großes, jedoch unmittelbar an das damals verkaufte angrenzendes Stück für den Kaufpreis von 275 Thlrn. —„ —„ pr. Dresdener Scheffel käuflich zu überlassen, hiernach aber Kläger offenbar zuviel verlangt, wenn er den Beklagten nöthigen will, ihm außer der Parcelle No. 99. auch noch die Parcelle No. 102. 103. und 104. käuflich zu überlassen, da diese drei letzteren nach dem beigebrachten Croquis nicht unmittelbar an jene Landstücke unter A. und B. angrenzen, und wenn schon in der Klage unter Eidesantrag behauptet ist, daß alle diese Parcellen im Jahre 1836 ein Ganzes gebildet haben, doch dies einer Seits eine für das gedachte Beweismittel viel zu allgemeine und unbestimmte Behauptung ist, anderer Seits aber auch damit sich nicht wohl vereinigen läßt, daß die Parcellen No. 102. und 104. aus Niederwald, und die No. 103. aus Wiese besteht, während die unter No. 99. ein Feldgrundstück ist; So ist Klägers Suchen in Ansehung der Parcellen No. 102. 103. und 104. in der angebrachten Maaße für unstatthaft zu erachten.

Da aber, soviel die Parcelle No. 99. angeht, der Grund der Klage durch die Zugeständnisse des Beklagten bei pct. lit. cont. — — —, verbunden mit Bl. —, sowie mit den Anmerkungen ad pcta — und — im Wesentlichen in genügende rechtliche Gewißheit gesetzt zu befinden, und durch diese Zugeständnisse etwaige Bedenken, welche außerdem auch in dieser Hinsicht, besonders im Hinblick auf den gebrauchten Eidesantrag, gegen die formelle Statthaftigkeit der Klage sich würden haben erheben lassen, um so gewisser sich erledigen, da diese Parcelle als ein für sich bestehendes Ganzes sich darstellt, folglich, wenn sie auch nur zu einem kleinen Theile an die Landstücken A. und B. angrenzt, doch in ihrer Totalität als dasjenige Grundstück betrachtet werden muß, hinsichtlich dessen Beklagter im Jahre 1836 die obenerwähnte Verpflichtung übernommen gehabt, immaaßen dafür, daß schon damals diese ganze Parcelle aus Feld bestanden, bis zum Erweise des Gegentheils die Präsumtion streitet,

weiter von den fol. — unter II. vorgebrachten Einreden, die unter 1. von dem Kläger selbst fol. — hinreichend widerlegt werden, die unter 3. aber schon deshalb unbeachtlich erscheint, weil der Vertrag, auf welchen die Klage gestützt ist, als ein rein persönlicher sich darstellt und Beklagter nirgends behaupten mögen, daß er mit Klägerm dahin übereingekommen gewesen, es solle die von ihm mittelst der obgedachten Clausel übernommene Verpflichtung dann cessiren, wenn Kläger die ihm damals verkauften Grundstücke wieder veräußert haben werde, ohne von dem jener Verpflichtung entsprechenden Rechte Gebrauch gemacht zu haben, endlich auch die Ausflucht unter 4. mindestens insoweit, als Beklagter hier anführt, daß die fraglichen Grundstücke seit dem Jahre 1836 von ihm wesentlich verbessert worden und deshalb die damals getroffene Preisbestimmung nicht mehr anwendbar sei, unbeachtet bleiben muß, da es lediglich Sache des Beklagten gewesen, ob er ungeachtet der Möglichkeit, daß Kläger von seinem mehrgedachten Rechte Gebrauch machen werde, die Grundstücke verbessern und dahin zielende Verwendungen machen wollen,

dagegen aber den Ausflüchten unter 2. und 4., insoweit sie auf die Behauptung einer laesio enormis und auf das Anführen hinauslaufen, daß im Jahre 1836 zur Zeit des damaligen Kaufsabschlusses die Parcelle No. 99. nicht ganz aus Feld bestanden habe, vielmehr seitdem in der Beschaffenheit und Benutzungsweise gewisser Theile derselben eine Veränderung eingetreten sei, rechtliche Beachtung nicht zu versagen, indem, was namentlich die Letztere betrifft, der hier berührte Umstand, wenn er bewiesen würde, allerdings geeignet sein würde, die obengedachte Präsumtion zu beseitigen und rücksichtlich der gedachten Parcelle wenigstens eine theilweise Lossprechung des Beklagten herbeizuführen;

So ist Beklagter die letzterwähnten Ausflüchte in sächsischer Frist, Klägerm den Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, und ergehet sodann ferner in der Sache, was Recht ist.

Im Uebrigen werden die beiderseits auf diesen Proceß seither aufgewendeten Unkosten billig gegen einander aufgehoben."

Auf die hiergegen von beiden Parteien eingewendete Appellation erkannte das Königl. Appellationsgericht zu D.:

„Daß es bei dem Bl. — zu lesenden, am 5. März 1853 bekannt gemachten Urthel nicht zu lassen, sondern es ist Beklagter dem Kläger die in der Klage erwähnten, mit No. 99., No. 102., No. 103. und No. 104. im H—berger Flurbuch bezeichneten Parcellen, deren Flächeninhalt annoch durch Sachverständige, von denen jede Partei einen, das Gericht aber den dritten zu ernennen hat, genau zu ermitteln und festzustellen ist, um den Kaufpreis von zweihundert und fünf und siebenzig Thalern —,— —, für den Dresdener Scheffel gerechnet, käuflich zu überlassen, die Dismembration dieser Parcellen von seinem in der Klage gedachten Bauergute, sowie gegen Bezahlung des obgedachten Kaufpreises Klägers Eintragung als Eigenthümers dieser Parcellen in das Grund- und Hypothekenbuch geschehen zu lassen und ihm deren Besitz einzuräumen schuldig, und werden die aufgelaufenen Proceßkosten unter den Parteien compensirt, es könnte und wollte denn Beklagter die Bl. — flg. unter No. II. 1., verbunden mit Bl. — Act. Litt. W. no. 74. vorgeschützte Ausflucht des Irrthums in der Maaße, daß zwischen ihm und Klägerm bei den der Aufsetzung der der Klage in Abschrift beigefügten Kaufsurkunde vorausgegangenen Verhandlungen eine Verabredung des Inhalts, daß er von dem ihm verbleibenden Theile seines Gutes dem Kläger nach dessen Ermessen ein beliebig großes Stück um den Kaufpreis von 275 Thlrn. —,— — für den Dresdener Scheffel auch später käuflich zu überlassen verbunden sein solle, überhaupt nicht getroffen worden sei, er auch die über gedachten Kaufcontract aufgesetzte Kaufsurkunde vor seiner Unterschrift und vor der gerichtlichen Vollziehung des Kaufs nicht gelesen und ohne Kenntniß von der Aufnahme der fraglichen Bestimmung in die Urkunde unterschrieben, auch bei dem Vorlesen der Urkunde an Gerichtsstelle davon, daß vorgedachte Stipulation darin enthalten sei, etwas nicht verstanden, vielmehr seine Genehmi-

gung dazu und zu den darüber aufgesetzten Protokollen, ohne von dieser Clausel einige Wissenschaft zu haben, ausgesprochen habe, binnen Sächsischer Frist, Klägerm den Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht erweisen, solchenfalls ergeht in der Hauptsache, sowie der Kosten halber ferner, was Recht ist.

Entscheidungsgründe.

Die dem gegenwärtigen Proceß vorausgegangene, in den Acten Litt. W. no. 74. ersichtliche, den nämlichen Gegenstand betreffende Klage wurde von dem Appellationsgericht nach Bl. — Act. cit. um deswillen in der angebrachten Maaße abgewiesen, weil man das Anführen des Klägers, daß das Areal des W—schen Grundstücks, welches in der in der Klage gedachten Contractsclausel eines in Klägers Ermessen gestellten späteren Ankaufs begriffen sei, in den Flurparcellen 99. 102. 103. und 104. bestehe, für den gebrauchten Eidesantrag als zu allgemein erachtete, um so mehr, als eine Handzeichnung der Klage nicht beigefügt sei, aus welcher man die Art und Weise, wie jene Parcellen an das früher an Klägern verkaufte Trennstück grenzen sollten, ersehen könnte. Das Königl. Oberappellationsgericht, welches die Entscheidung zweiter Instanz bestätigte, hob dabei Bl. — noch insonderheit hervor, daß Kläger in Gemäßheit der wörtlichen Fassung jener Clausel sein Recht nur auf ein Stück Land geltend machen könne, welches unmittelbar an das früher ihm verkaufte Areal angrenze, in der Klage aber nicht behauptet sei, daß sämmtliche Parcellen, deren käufliche Ueberlassung gegenwärtig verlangt werde, an das damals verkaufte Areal unmittelbar angrenzten und der fragliche Vertrag keineswegs dahin ausgelegt werden könne, als ob es genüge, wenn nur eine Parcelle unmittelbar angrenze, die übrigen Parcellen aber wieder an diese Parcelle angrenzten.

Zu Beseitigung dieser Einwendungen hat nun Kläger seiner anderweiten Klage zuvörderst einen Croquis Bl. — hor. act. beigefügt, aus welchem die Lage der vier von ihm beanspruchten Parcellen sich veranschaulicht, und weiter behauptet Bl. —, daß diese Parcellen, von denen jedoch nach dem Croquis nur die Parcelle 99. an das Klägerm früher verkaufte Areal anstößt, die übrigen Parcellen aber an die Parcelle 99. angrenzen, schon im Jahre 1836 zur Zeit des früheren Kaufes zum Gute des Beklagten gehört hätten, und daß sie damals noch nicht in die erst bei der Landesvermessung nach dem Jahre 1836 gebildeten Parcellen 99. 102. 103. und 104. eingetheilt gewesen seien, sondern ein bis an die Weiseritz sich erstreckendes Ganze gebildet hätten, welches im Uebrigen von dem L—schen Feldstück (No. 97.) und den zur H—berger Papierfabrik gehörigen Parcellen 30b. 100. und 111. begrenzt werde. Nimmt man diese Behauptungen als richtig an und vergleicht man die aus dem Croquis ersichtliche Lage der fraglichen Parcellen mit den Beschreibungen des in Rede stehenden Grundstücks in der Klage Bl. — und dem derselben beigefügten Kaufcontracte Bl. —, so gelangt man allerdings zu der Ueberzeugung, daß das Recht des Klägers auf käufliche Erwerbung eines Stückes des dem Beklagten verbliebenen Areals sich auf die sämmtlichen von ihm beanspruchten vier Parcellen erstrecke.

Das Grundstück, von welchem Kläger im Jahre 1836 ein Stück käuflich erwarb, wird im Kaufe Bl. — bezeichnet, als das zu Beklagtens Bauergut gehörige, „auf dem rechten Weiseritzufer gelegene Grundstück an Feld- und Wiesenland, welches gegen Morgen von der Weiseritz, gegen Mitternacht von des Gasthofsbesitzers L. in H—berg, gegen Mittag von des Gutsbesitzers B. in Sch—dorf, gegen Abend von dem bisher R. zugehörigen, jedoch von M. erkauften Grundstücken begrenzt werde". „Von dem ihm verbleibenden Theile des obbezeichneten Grundstücks" hat sich nun Beklagter nach weiterem Inhalte des Kaufs Bl. — verpflichtet, dem Kläger nach dessen Ermessen ein beliebig großes Stück, *welches jedoch* unmittelbar an das damals verkaufte angrenze, für den Kaufpreis von 275 Thlrn. —, — den Dresdener Scheffel, auch später käuflich zu überlassen.

Nach dem Croquis liegen nun alle vier jetzt in Rede stehenden Parcellen auf dem rechten Weiseritzufer und es werden die Parcellen 102. 103. und 104. von der Weiseritz begrenzt, während die Parcelle 99. nicht an die Letztere anstößt. Haben also im Jahre 1836 diese vier Parcellen sämmtlich schon zu Beklagtens Gute gehört, so folgt daraus auch nothwendig, daß sie unter dem im Contracte bezeichneten Areal, welches Kläger noch ankaufen kann, begriffen sein müssen. Denn als Grenzen dieses — dem Verkäufer verbliebenen — Areals werden im Kaufe Bl. — nur die Weiseritz und fremde, dritten Personen, bezüglich M. selbst zugehörige Grundstücke, nicht aber Beklagtens eigene Flurstücke bezeichnet, während, wenn nur die Parcelle 99. oder nur ein anderer bestimmter, nicht bis zur Weiseritz sich erstreckender Theil des dem Beklagten damals verbliebenen Areals gemeint gewesen wäre, dieser Theil nothwendig als von den ausgeschlossenen Grundstücken Beklagtens zunächst oder zugleich mit begrenzt hätte bezeichnet werden müssen. Es erstreckt sich demnach die Contractsclausel präsumtiv mit auf den an die Weiseritz stoßenden Theil und auf das ganze, so beschriebene,

zwiſchen der Weiſeritz und fremden Grundſtücken inneliegende Areal.

Zwar wird nun ferner in dem Kaufe Bl. — jenes Grundſtück als „Feld- und Wieſenland" bezeichnet, während auf dem Croquis die Parcellen 102. und 104. als Niederwald angegeben ſind. Allein es ſind im Kaufe neben dieſer allgemeinen Bezeichnung des fraglichen Landſtrichs nach der Culturart zugleich die Grenzen des Letzteren genau angegeben, aus denen hervorgeht, daß man unter dem Feld- und Wieſenlande das mit Niederwald jetzt beſtandene Areal mit verſtanden haben muß, und es läßt ſich recht wohl denken, daß entweder der mit Niederwald jetzt bedeckte Theil damals Wieſe geweſen oder daß man, weil er zugleich Wieſennutzung gewährte oder weil es überhaupt auf die genauere Angabe der Culturart neben der beſtimmten Grenzbezeichnung nicht ankam, jene allgemeinere Bezeichnung wählte, ohne daß man deshalb einen Ausſchluß des als Niederwald jetzt benutzten Areals als von den Contrahenten beabſichtigt annehmen darf.

Die Auslegung, welche das Königl. Oberappellationsgericht im obgedachten Vorproceſſe der fraglichen Contractsclauſel geben zu müſſen glaubt, ſtellt ſich von ſelbſt als unanwendbar dar, wenn, wie Kläger in ſeiner anderweiten Klage angeführt hat, im früheren Rechtsſtreit aber nicht angeführt worden war, zur Zeit der Aufrichtung des Kaufs die Parcelleneintheilung, auf welche jene Interpretation fußt, noch gar nicht beſtanden hat. Denn es fällt offenbar dann jeder Grund weg, aus dieſer verſchiedenen Bezeichnung der Flurſtücke eine Beſchränkung des Rechts des Klägers in die fragliche Stipulation hineinzutragen, welche von den Contrahenten gar nicht beabſichtigt worden ſein kann.

Der Vertrag bezieht ſich ſeinem Wortlaute nach auf das ganze, dem Verkäufer damals verbliebene, in ſeinen Grenzen beſchriebene Areal und es umfaßt daſſelbe ſämmtliche vier Parcellen. Nur die Beſchränkung war beigefügt, daß das zu verkaufende Stück an das damals von Klägerm käuflich erworbene unmittelbar angrenzen müſſe. Hieraus folgt jedoch nur ſoviel, daß Kläger nicht die Parcellen 102. 103. und 104. allein, oder ein anderes, an Klägers früher erkauftes Trennſtück gar nicht anſtoßendes Stück Land beanſpruchen durfte. Im Uebrigen aber wurde die Wahl und Größe des von ihm zu kaufenden Stücks lediglich an ſein, Klägers, eigenes Ermeſſen gebunden, und es folgt daraus, daß er auch das ganze Areal verlangen kann. Denn es ſoll nach dem Kaufe lediglich ſein Belieben über die Größe des Stücks entſcheiden, und es iſt kein Theil beſtimmt, welchen er dem Verkäufer laſſen müßte. Bei Verträgen, wie bei letzten Willensverordnungen, müſſen Ausdrücke, die ihrem Wortſinn nach Alles umfaſſen, auch allgemein ausgelegt werden, und der Richter iſt nicht berechtigt, Unterſcheidungen und Beſchränkungen hinzuzufügen, für welche ein factiſches Anhalten nicht gegeben iſt.

vergl. fr. 25. §. 1. D. de leg. III.
fr. 23. D. de serv. praed. urb. (VIII. 2.)
Thibaut, Syſtem des Pandectenrechts, §. 55. (8te Ausgabe.)
Sintenis, Gemeines Civilrecht, Thl. I. §. 18. Seite 153.
Mühlenbruch, doctr. Pand., t. I. §. 115. bei not. 13. und 16.

Wollte Beklagter die Wahl des Klägers auf einen gewiſſen Theil des Grundſtücks beſchränken, ſo mußte er ausdrücklich dies ſich ſtipuliren, zumal er die Stelle des Verkäufers einnimmt, von welchem die Geſetze annehmen, daß er es in ſeiner Hand habe, die lex contractus zu beſtimmen, und gegen welchen daher, weil er ſich deutlicher hätte ausdrücken können und ſollen, im Zweifel die Auslegung ſelbſt wirklich mehrdeutiger Contractsbeſtimmungen, dergleichen aber hier eigentlich gar nicht vorliegen, zu richten iſt.

vergl. fr. 39. D. de pactis. (II. 14.) fr. 21. 33. D. de contr. emt. (XVIII. 1.) fr. 172. D. de reg. jur. (L. 17.)

Daß die gedachte Verabredung eine für den Verkäufer nach Befinden ſehr läſtige, außergewöhnliche Beſtimmung enthält, ändert hierin nichts,

vergl. Dr. Treitzſchke, Zeitſchr. für Rechtspflege, Bd. III. S. 481 flg.

und am wenigſten kann, wie Beklagter Bl. — unter 3. behaupten zu wollen ſcheint, daraus ein Argument gegen die rechtliche Gültigkeit derſelben hergeleitet werden.

Kläger hat über ſein obgedachtes Anführen, welches nach dem Vorſtehenden zu Begründung der Klage an ſich für ausreichend zu achten iſt, wie rückſichtlich des übrigen Inhalts der Klage Bl. — des Eidesantrags ſich bedient, und es könnten über die Statthaftigkeit dieſes Beweismittels und deshalb auch über die formelle Statthaftigkeit der Klage, wie bereits die vorige Inſtanz Bl. — angedeutet hat, wohl noch einige Bedenken erhoben werden. Dieſelben erledigen ſich aber, weil es nach den Zugeſtändniſſen des Beklagten eines weiteren Beweiſes des Klaggrundes nicht bedarf.

Aus der, obſchon zum Theil ziemlich dunkel und mit nicht zu billigender Verwirrung des wahren Sachverhältniſſes abgefaßten Einlaſſung des Beklagten, in Verbindung mit ſeinem exceptiviſchen Vorbringen und ſeinen Auslaſſungen im Vorproceſſe,

auf welche er sich in diesen Acten Bl. — wiederum bezogen hat, geht nämlich als unleugbar zuvörderst soviel hervor, daß der schriftliche, von den Parteien unterschriftlich vollzogene Kaufcontract, zu dessen Inhalt sie sich auf Vorlesen an Gerichtsstelle bekannt haben, die in Rede stehende Clausel enthält und mit der der Klage beigefügten Abschrift unter P. Bl. — flg. übereinstimmt, überhaupt aber diese letztere Abschrift mit der vom Gericht ausgestellten Kaufsurkunde allenthalben gleichlautend ist, wie denn auch in den Voracten Bl. — eine nach Bl. — gerichtlich beglaubigte, mit der in den gegenwärtigen Proceßacten befindlichen, ganz gleichlautende Abschrift der gedachten Kaufsurkunde anzutreffen ist. Beklagter muß also, abgesehen jetzt von dem nachher zu prüfenden Einflusse seiner Bl. — unter II. 1. vorgeschützten Ausflucht die Existenz der fraglichen Verabredung gegen sich als bewiesen gelten lassen, weil er nicht leugnen kann, daß selbige in dem von ihm unterschriebenen, ihm vorgelesenen und von ihm genehmigten Contracte enthalten ist. Ferner gesteht Beklagter ungeachtet seines formellen Leugnens ad pct. lit. cont. — — und — — doch Bl. — deutlich genug zu, daß die Parcellen 99. 102. 103. und 104. zu seinem Gute gehören; und man kann auch sein Einverständniß mit der Behauptung des Klägers, daß sie schon im Jahre 1836 dazu gehört haben, theils nach dem Zugeständnisse des —ten und —ten Einlassungspunktes, theils nach Beklagtens exceptivischem Vorbringen Bl. —, verbunden mit Bl. — der Voracten, nicht weiter bezweifeln. Gegen die Richtigkeit des Croquis, durch welchen die Lage der Parcellen und ihre Grenzen namentlich nach der Weiseritz zu veranschaulicht werden, hat Beklagter nirgends specielle Einwendungen erhoben. Er bezieht sich vielmehr wiederholt Bl. — — selbst auf diesen Croquis und bestreitet nicht, daß die Parcellen so, wie hier angegeben, wirklich gelegen sind, noch viel weniger giebt er an, welche Grenzen sonst die richtigen seien. Seine ganze Vertheidigung beruht vielmehr in diesem Punkte blos darauf, daß nicht alle Parcellen unmittelbar an das frühere, dem Kläger verkaufte Trennstück angrenzten und daß sie nach der Culturart kein Ganzes bildeten, sondern theils in Feld, theils in Holzland oder Busch beständen (vergl. Bl. — flg. und Anm. ad pct. lit. cont. — Bl. —, verbunden mit Bl. —), welche Umstände jedoch schon oben als einflußlos nachgewiesen worden sind.

Es liegt also kein Grund vor, hierüber, wie sonst zulässig sein würde, durch eine Gerichtswegen abzuhaltende Localbesichtigung erst noch näheren Aufschluß zu den Acten zu verschaffen.

Ferner hat Beklagter zwar ad pct. lit. cont. — mit Nichtwissen beantwortet, daß das in Rede stehende Grundstück erst nach dem Jahre 1836 in die Parcellen 99. 102. 103. und 104. eingetheilt worden sei. Allein, wie es einestheils als notorisch angesehen werden kann, daß die als Vorbereitung der Einführung des neuen Grundsteuersystems vorgenommene Landesvermessung und die darauf gegründete Einführung von Flurbüchern und Steuerkatastern erst nach dem Abschlusse des fraglichen Kaufs vom 5ten Juli 1836 in das Leben getreten ist,

vergl. Verordnung vom 7ten Januar 1835. (Gesetzsamml. S. 13.)

Verordnung vom 7ten März 1835. (Gesetzsamml. S. 165.)

Gesetz vom 9ten September 1843. §. 24. 25.

Verordnung vom 26sten October 1843. §. 11. 12.

so hat auch Beklagter in der Appellationsinstanz Bl. — — diesen Umstand deutlich genug eingeräumt.

Der Klaggrund ist demnach durchgängig als zugestanden zu betrachten. Denn der allein noch streitige Punkt, wie groß der Flächeninhalt der vier in Rede stehenden Parcellen sei, welchen Kläger in der Klage Bl. — auf 11 Scheffel 1 Quadratruthe, Beklagter aber Bl. — Anm. ad pct. 60. auf mindestens 15 Scheffel angiebt, bedarf um deswillen jetzt keiner Erörterung, weil Kläger dem Vertrage gemäß im Petitum überhaupt zu Bezahlung eines Kaufpreises von 275 Thlrn. —⁄— für den Scheffel sich erboten hat, demnach die weitere Ermittelung des Flächeninhalts und des demgemäß vom Kläger zu gewährenden Kaufpreises zur Execution des Erkenntnisses gehört, indem der Fall demjenigen ähnlich ist, wo der Preis in arbitrium boni viri von den Paciscenten gestellt und daher vom Richter bei streitstehenden Weiterungen mit Zuziehung von Sachverständigen festzustellen ist.

vergl. fr. 7. pr. D. de contr. emt. (XVIII. 1.)

fr. 22. §. 1. D. de reg. jur. (L. 17.)

Zu Vermeidung von Weiterungen erschien es jedoch angemessen, den Weg, auf welchem diese Feststellung zu erfolgen haben wird, im Erkenntnisse vorzuschreiben und zu diesem Behufe die Vermessung durch Sachverständige anzuordnen, wovon jede Partei einen, den dritten aber das Gericht zu bestellen hat.

Was nun endlich noch die vom Beklagten vorgeschützten Ausflüchte anlangt, so hat man die Bl. — unter 2. und 4. vorgeschützten so wenig als die unter 3., welche bereits von der vorigen Instanz für unerheblich erklärt worden, als schlüssig anzusehen vermocht.

Die exceptio laesio enormis ist von Beklagtem in den vorliegenden Acten Bl. — unter 2. ohne alle Ausführung gelassen worden. In der frühern Klagsache aber, auf welche er sich Bl. — bezieht, ist nur soviel Bl. — Act. Litt. W. No. 74. angeführt zu befinden, daß der Dresdener Scheffel schon im Jahre 1836 in der H—berger Flur um 600 bis 1000 Thlr. —ˌ —ˌ verkauft worden sei und dermalen eben so viel, ja noch mehr koste, weil Bauplätze sehr gesucht wären, und daß die Gebrüder R., welche sich dicht neben dem fraglichen Lande angekauft hätten, für 6 Scheffel Land 6000 Thlr. —ˌ —ˌ hätten geben müssen. Diese Ausführung ist jedoch ungenügend. Denn daraus, daß andere Grundstücke in dortiger Gegend um höhere Preise verkauft worden sind, folgt noch keineswegs, daß auch die hier fraglichen Parcellen einen höheren Werth, als der vom Kläger zu gewährende Kaufpreis beträgt, haben. Beklagter müßte, um auf Grund einer Verletzung über die Hälfte den fraglichen Vertrag anfechten zu können, behaupten und nachweisen, daß die vier bestimmten Parcellen, um welche es sich hier handelt, einen Werth von mehr als 550 Thlrn. —ˌ —ˌ (mehr als das Doppelte von 275 Thlrn. —ˌ —ˌ) pro Scheffel, und zwar bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses im Jahre 1836, gehabt hätten.

Dies hat er aber keineswegs zu behaupten vermocht. — Uebrigens ist auch der Ausflucht der Verletzung über die Hälfte in der Urkunde nach Bl. — von den Contrahenten entsagt worden, und es liegt kein Grund vor, diesen Verzicht, wie Beklagter in den Voracten Bl. — es verstehen will, auf den damals geschlossenen Kaufcontract zu beschränken und auf das pactum de vendendo, welches jetzt in Frage ist, nicht mit zu erstrecken. Durch einen bei Abschluß des Vertrags ausgesprochenen ausdrücklichen Verzicht auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte wird aber die Anfechtung des Vertrags aus diesem Grunde abgeschnitten.

const. 34. P. II. v. J. 1572.

Curtius, Handbuch d. Sächs. Civilrechts, Th. IV. S. 1689.

Was hiernächst die Behauptung Bl. — unter 3. anlangt, daß die Ausübung des Rechts aus dem pactum de vendendo durch Verkauf der damals erworbenen Trennstücke für Klägern verloren gegangen sei, oder, wie Beklagter es Bl. — darstellen will, daß Kläger auf seine Abkäufer jenes Recht mit übertragen habe, weil er die gedachten Trennstücke „mit allen Rechten" weiter verkauft habe, so ist der letztere Einwand als eine exceptio de jure tertii schon an sich unbeachtenswerth, es handelt sich aber auch, wie die vorige Instanz ganz richtig hervorgehoben hat, gar nicht um ein mit dem Besitze jener Trennstücke zusammenhängendes oder dem Besitzer dieser Grundstücke als solchem zustehendes Recht, sondern um ein rein persönliches, aus einem Vertrage erworbenes Forderungsrecht, welches in keiner rechtlichen Abhängigkeit von dem Besitze jener Trennstücke steht und kein accessorium oder Pertinenz derselben bildet.

Auf die Einrede der Melioration Bl. — unter 3. ist ferner um deswillen keine Rücksicht zu nehmen, weil die Verbesserung, welche Beklagter vorgenommen haben will, indem er Busch in Feld verwandelt hat, auf den Werth des Grundstücks ohne Einfluß bleibt. Wie Beklagter bei seiner obgedachten Ausführung der laesio enormis selbst bemerkt, besteht der Hauptwerth des Grundstücks in seiner Eigenschaft als Bauplatz, und augenscheinlich will es auch Kläger nur hierzu benutzen. Daß in dieser Beziehung die Contrahenten es als gleichgültig angesehen haben, ob das abzutretende Stück Land in Feld oder Wiese, resp. Niederwald bestehe, folgt schon daraus, daß nach Beklagtens eigenem Anführen Bl. — der Voracten bereits im Jahre 1836 ein Theil des fraglichen Areals zu Feld gemacht worden ist, ohne daß für letzteres ein höherer Kaufpreis als für den übrigen Theil des Areals ausgeworfen worden wäre. Mithin kann, wenn auch der in voriger Instanz Bl. — geltend gemachte Grund nach der nicht unrichtigen Bemerkung des Beklagten Bl. — für durchschlagend nicht erachtet werden könnte, doch aus dem Gesichtspunkte, daß eine Erhöhung des Werths des Grundstücks und eine Verbesserung desselben, welche jedem Besitzer, und namentlich also auch dem Kläger zu Statten käme, in der Veränderung der Culturart nicht zu befinden, auf jenes Anführen keine Rücksicht genommen werden. Die Meinung der vorigen Instanz aber Bl. —, welche ihr zu dem Interlocut auf Beweis dieser Ausflucht Veranlassung gegeben hat, daß, insoweit die Parcelle 99. im Jahre 1836 in Buschland bestanden habe, das pactum de vendendo darauf nicht mit zu beziehen sein würde, stellt sich nach demjenigen, was oben über den Sinn und Umfang dieser Verabredung bemerkt worden, von selbst als unbegründet dar.

Dagegen hat man die Bl. — unter II. 1. vom Beklagten vorgeschützte Ausflucht, in Verbindung mit dem in den Voracten Bl. — hierzu Bemerkten, worauf sich Beklagter Bl. — wiederholt bezogen hat, bei nochmaliger Erwägung zum Beweise auszusetzen sich bewogen gefunden. Es sind nämlich zwar die Einwendungen, welche Beklagter aus der von ihm behaupteten formellen Beschaffenheit des Originals des Kaufsaufsatzes hergeleitet (vergl. Bl. — Anm.

zu pct. lit. cont. —), für unerheblich zu erachten, weil Beklagter den Umstand, daß er den Kauf in dieser Fassung und Form unterschrieben und mit dieser Clausel auf Vorlesen an Gerichtsstelle genehmigt hat, nach Obigem als liquid gegen sich gelten lassen muß, er auch keineswegs mit Bestimmtheit die Behauptung aufgestellt hat, daß hierbei eine Fälschung oder ein Betrug Seiten Klägers oder dessen damaligen Sachwalters sich zu Schulden gebracht und der Kaufaufsatz etwa nach seiner Unterschrift und nach dem Vorlesen noch verändert worden sei. Allein, wenn es wahr ist, was Beklagter behauptet, daß die hier in Rede stehende Clausel, welche von dem damaligen Kaufcontracte an sich ganz unabhängig ist und ein selbstständiges pactum de vendendo enthält, zwischen ihm und Klägerm vor der schriftlichen Vollziehung des Kaufsaufsatzes niemals verabredet worden sei, daß er ferner den Kaufaufsatz, ohne ihn gelesen und ohne von der Aufnahme dieser Clausel Kenntniß zu haben, unterschrieben habe, und daß er ferner bei dem Vorlesen des Kaufsaufsatzes an Gerichtsstelle wegen seiner Taubheit davon nichts verstanden und denselben, sowie die Protokolle über die diesfallsige gerichtliche Verhandlung in gleicher Unkenntniß genehmigt habe, so wird mit dem Bewußtsein des Beklagten von jener Clausel zugleich auch das Dasein des Willens, einen solchen Vertrag einzugehen, welches zum Abschlusse und zur Gültigkeit des Vertrags wesentlich erfordert wird und die Uebereinstimmung des wahren Willens mit den äußerlich erkennbaren Zeichen desselben, ausgeschlossen. Es tritt dann der allerdings sonst nur mit Vorsicht anzuwendende Grundsatz ein, errantis nulla voluntas,

(l. 20. D. de ag. et ag. pluv. [XXXIX. 3.]

oder, wie es in

l. 116. §. 2. D. de reg. jur.

heißt: non videntur, qui errant, consentire.

l. 8. 9. C. de jur. et facti ignor. [I. 18.])

Das Entscheidende ist hier aber nicht der Irrthum, d. h. die Unkenntniß des wahren Sachverhältnisses, sondern die Abwesenheit des Willens, welcher zur Existenz des Vertrags gehört, und eben deshalb kommt hierbei nach der richtigeren Ansicht auf die Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit des Irrthums etwas nicht an, vielmehr muß der Irrthum, welcher den Willen ausschließt, weil das Bewußtsein des Inhalts der äußerlich vorliegenden Erklärung fehlte, auch dann Beachtung finden und den nur scheinbar, nicht wirklich abgeschlossenen Vertrag nichtig machen, wenn der Irrende sich dabei eine große Fahrlässigkeit zu Schulden kommen ließ und dadurch seine Unkenntniß herbeigeführt wurde.

Vergl. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, Th. I. §. 26.

Savigny, System des heutigen Röm. Rechts, Th. III. §. 165. S. 264. 267. und Beil. VIII. nro. XXXI. S. 446.

Wächter, Handbuch des Würtemb. Privatrechts, Th. II. Abthl. 1. §. 21. S. 127.

Sintenis, Gemeines Civilrecht, Bd. I. §. 22. S. 197.

Der Beweis des Irrthums wird unter Verhältnissen der hier vorliegenden Art, wo eine Verschuldung des Irrenden offenbar ist, freilich schwieriger und es werden an denselben strenge Erfordernisse zu machen sein. Allein abgeschnitten kann er dem Beklagten nicht werden.

Es war daher, wie in vorstehendem Erkenntniß geschehen, dem Beklagten der Beweis seiner Ausflucht des Irrthums nachzulassen, jedoch zu Vermeidung von Mißverständnissen das Beweisthema speciell vorzuschreiben.

Was den Kostenpunkt anlangt, so war für den Fall, daß Beklagter seinen Beweis nicht antreten sollte, ungeachtet der Verurtheilung desselben in der Hauptsache, auf Compensation der bisher erwachsenen Proceßkosten zu erkennen, weil die Entscheidung der Sache, namentlich auch, was die Schlüssigkeit der Klage anlangt, von Prüfung verschiedener, nicht unzweifelhafter Fragen abhängt."

(Schluß folgt in der nächsten Nummer.)

## Miscellen.

**Ernennungen, Anstellungen** ꝛc. Se. Königl. Majestät haben geruht, den bisherigen Referendar und Secretair bei der Kreisdirection zu Budissin, Carl Alexander Edelmann, zum Supernumerar-Regierungsrathe bei derselben Kreisdirection zu ernennen.

**Orden.** Se. Königliche Majestät haben zu genehmigen geruht, daß der Ober-Zollrath Maximilian Joseph Forwerk den von Sr. apostolischen Majestät dem Kaiser von Oesterreich ihm verliehenen Orden der eisernen Krone dritter Classe annehme und trage.

**Todesfälle.** Gestorben: am 27. August 1854 der Advocat Heinrich Eduard Hartmann in Leipzig.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 48.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### Pactum de vendendo. — Die Ausflucht der laesio enormis, der melioratio und des Irrthums in Bezug auf den Inhalt eines von Beklagtem vollzogenen Vertrags.

Mitgetheilt von
Herrn **B. A.** in **T.**

(Schluß des S. 376. abgebrochenen Rechtsfalles.)

Auch gegen dieses Erkenntniß wendeten beide Parteien Berufung zum Königl. Oberappellationsgericht ein, worauf das Letztere reformatorisch dahin erkannte:

„Daß zu Klägers zweiter Beschwerde fol. —, mit Beklagtens, im Eingangs angezogenen Urthel, unter Compensation der Proceßkosten, ausgesprochener Verurtheilung nicht die fol. — in der 9ten Zeile von und mit den Worten an:

„es könnte und wollte denn Beklagter"

anhebende interlocutorische Entscheidung zu verbinden, vielmehr in Wegfall zu bringen, was von nurbemerkten Worten an bis zu und mit den in der 15ten Zeile fol. — zu lesenden

„was Recht ist"

folget, dahingegen, soweit fol. — das Urthel zweiter Instanz in Klägers übrigen Beschwerden, sowohl fol. — in Beklagtens Appellation bestritten, dasselbe, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, und werden unter den Parteien die Kosten, so durch die beiderseitigen Berufungen erwachsen, gegeneinander aufgehoben.

Entscheidungsgründe.

Den zum Theil reformatorischen Inhalt vorstehenden Urthels zu rechtfertigen, bemerkt man Folgendes:

Es fordert fol. — Kläger vom Beklagten die Erfüllung eines pacti de vendendo, welches sec. fol. — einen Nebenvertrag desjenigen, am 17. Juni 1837 confirmirten Kaufcontracts bildet, den sec. fol. — Beklagter, als Verkäufer, mit Klägerm, als dem Abkäufer, unter dem 5. Juli 1836 in Betreff fol. — sqq. jcto. fol. — libellirter Grundstücke abgeschlossen hat.

Beklagtens fol. — sq. sub 1. jcto. fol. — sq. sub I. 1. der sub num. 74. beiliegenden Acten vorgeschützte Ausflucht ist fol. — in erster Instanz aberkannt, hingegen aus fol. — sq. gegebenen Rationen in zweiter Instanz zum Beweise ausgesetzt worden.

Es haben nurgedachte Rationen unter Bezugnahme auf Citate aus den Quellen und angezogene Literatur ausgesprochen:

> Das fragliche, im nurgedachten Kaufcontract enthaltene pactum de vendendo habe Beklagtem, die Wahrheit der von selbigem angegebenen Umstände vorausgesetzt, keine Verbindlichkeit auferlegt, weil unter solchen Umständen „Abwesenheit des Willens anzunehmen sei, die zur Existenz des Vertrages gehöre; darum komme, nach richtigerer Ansicht, nichts auf die Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit des Irrthums an," in Folge dessen Beklagtem das in Frage stehende pactum de vendendo solle unbekannt geblieben sein; „vielmehr müsse der Irrthum, welcher den Willen ausschließe, weil das Bewußtsein des Inhaltes der äußerlich vorliegenden Erklärung fehle, auch dann Beachtung finden und den nur scheinbar, nicht wirklich abgeschlossenen Vertrag nichtig machen, wenn dabei der

Irrende sich habe eine grobe Fahrlässigkeit zu Schulden kommen lassen und dadurch seine Unkenntniß sei herbeigeführt worden."

Vorbemerkte Ausflucht betreffend, reformatorisch und zwar conform dem Urthel erster Instanz zu entscheiden, hat man sich durch folgende, den obenbemerkten entgegenstehende Ansicht bewogen gefunden.

Gültig und zu Recht beständig ist ein Vertrag in allen den Punkten, hinsichtlich welchen die Contrahenten sich gegenseitig einverstanden, **ihnen selbstbewußter Weise** einverstanden erklärt haben. Indem beiderseits Parteien den in Frage stehenden Kaufcontract unterschrieben, hat Beklagter, gegenüber dem Kläger, wie Letzterer gegenüber dem Ersteren, sich einverstanden erklärt mit Allem, was der niedergeschriebene Kauf besagte; daß mit der Unterschrift er dies erkläre, das muß sich Beklagter bewußt gewesen sein, dafern er überhaupt (wie vorauszusetzen und von ihm selbst nicht bestritten worden) gleichzeitig dispositionsfähig war. In Folge dieser Gewißheit, daß Beklagter ihm selbstbewußter Weise sich gegenüber dem Kläger mit **Allem**, was der Kaufcontract enthielt, durch dessen Unterschrift einverstanden erklärt hat, und also auch mit dem darinnen enthaltenen pacto de vendendo, verbunden mit dem Umstande, daß nach Klägers eigenem Anführen fol. — Actor. sub 74., jedenfalls Kläger es nicht zu verantworten hat, dafern Beklagter unterschrieben haben sollte, ohne sich **jedes Einzelnen** bewußt zu sein, was der Gesammtinhalt des Contracts besagte, stellt Beklagtens in Frage stehende Einrede sich als unerheblich dar.

In Erwägung der bereits in zweiter Instanz hinsichtlich alles desjenigen, was im confirmatorischen Inhalte des vorstehenden Urthels begriffen ist, fol. — bis — befriedigend gegebenen Rationen, findet man sich nur noch Klägers grav. 1. fol. — betreffend zu erwähnen veranlaßt, daß die Modalität, in welcher fol. — erkanntermaaßen der vom Kläger dem Beklagten zu gewährende, zur Zeit nur relativ bestimmte Kaufpreis soll ermittelt werden, Kläger fol. — aus Gründen bestreitet, welche zu widerlegen schon allein Beklagtens einschlagende, fol. — in dessen Refutationsschrift enthaltene Bemerkung vollständig ausreicht.

Die Kosten der Instanz angehend, ist vorstehendes Urthel durch dessen zum Theil reformatorischen Inhalt gerechtfertigt."

## 100.

**I.** Ist ein Proprewechsel nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung gültig, wenn Zinsen in demselben versprochen worden sind? **II.** Unterschied des sächsischen Rechts hiervon. **III.** Ist ein Wechsel nach dem Recht des Orts, wo er ausgestellt worden ist oder wo er geltend gemacht wird, zu beurtheilen? **IV.** Zu §. 1. der allgemeinen deutschen Wechselordnung. **V.** Beweis der Existenz der väterlichen Gewalt; ist zu Attestirung derselben die Administrativ- oder Justizbehörde competent? **VI.** Nova in dritter Instanz.

Mitgetheilt von

Herrn **G.** in D.

Im Februar 1854 erhob Alexander R. aus A. im Königreiche Posen bei dem Königl. Landgericht zu Dresden wider Wilhelm K. in L. bei Dresden, gebürtig aus H. in Schlesien, Wechselklage auf Grund eines Wechsels, der wörtlich also lautet:

R., den 6. Septbr. 1852. Für 600 Thaler.

Den 6. Februar 1854 zahle ich für diesen meinen Solawechsel an die Ordre des Herrn R. in R. die Summe von sechshundert Thalern Preußisches Courant mit sechs Procent. Valuta habe ich in baar empfangen und leiste zur Verfallzeit prompte Zahlung nach Wechselrecht.

Auf mich selbst hier und allen Orten.
Wilhelm K., Literat.

Wilhelm K., Literat.

Noch bevor es zu einem Wechselverhör kam, reiste K. in seine Heimath nach H., um die Beweise zu schaffen, daß der Wechsel materiell ungültig sei, und inzwischen focht sein Sachwalter die Gültigkeit desselben aus zwei formellen Gründen an.

Einmal nämlich seien Zinsen im Wechsel versprochen. Der §. 88. des preußischen Entwurfs, der der allgemeinen deutschen Wechselordnung zu Grunde liege, habe sie zwar gestattet, sei aber in der Wechselconferenz in Wegfall gebracht worden (Conferenzprotokolle, Sitzung XXIV. vom 22. November 1847 zu Ende). Der Grund sei gewesen, daß die deutsche Wechselordnung keine Schuldscheine mit Wechselclausel, sondern blos wahre Wechsel anerkennen wollte (Brauer, die allgem. deutsche Wechselordnung, 2. Aufl. S. 150. 151. Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 3. Heft 4. S. 401. Nr. 72., Bd. 1. S. 197 ff., Bd. 2. S. 82 ff. 92. 125. 196. 197.

329. 428. med. Dr. Koch, Wechſelrecht, 1850. S. 451.). Nun beſtimme zwar das ſächſiſche Geſetz über Schuldarreſt und Wechſelproceß von 1849. §. 1. ff. und 30., daß jede Geldzahlung nach Wechſelrecht verſprochen werden könne, allein der vorliegende Wechſel ſei ein preußiſcher und nach k. preuß. Recht zu beurtheilen, weil er aus R. im Königreiche Poſen datire, und in Preußen gelte außer der deutſchen Wechſelordnung nur noch das k. preuß. Einführungsgeſetz vom 6. Januar 1849, welches keine Ausnahmebeſtimmung enthalte.

Sodann ſei aber K. zur Zeit der Ausſtellung in väterlicher Gewalt geweſen und der Wechſel daher ungültig. Denn nicht allein, daß K. im Wechſel ſelbſt bekannt habe, Valuta in baar erhalten zu haben, was alſo gleich einem Darlehnsbekenntniß ſei, ſo ſchreibe auch das allgem. preuß. Landrecht, Thl. II. Titel 2. §. 156. 158. 165. 166. 168. vor, daß preußiſche Hausſöhne nur über freies Vermögen verfügen können, hinſichtlich des unfreien aber jegliches Creditnehmen dann keine Zahlungsverbindlichkeit des Hausſohnes begründe, wenn nicht entweder der Vater ſeine Einwilligung ertheilt oder der Sohn dem Gläubiger Sicherheit durch Hypothek oder Uebergabe eines Obligationsinſtruments oder der verpfändeten beweglichen Sache gegeben habe. Weder auf des Vaters Einwilligung, noch auf eine ſolche Sicherheit habe R. ſich berufen können. Daher ſei K. nach §. 1. der Wechſelordnung, welcher, wie Dr. Liebe in ſeiner anonym bei Brockhaus im Jahre 1848 erſchienenen „allgemeinen deutſchen Wechſelordnung" S. 37. sub 2. auseinander ſetze und aus den Motiven des preußiſchen Entwurfs (Berlin, 1847.) S. 5., verbunden mit der 2ten Sitzung der Wechſelconferenz vom 22. October 1847, hervorgehe, vorſchreibe, daß Jeder nur inſoweit wechſelfähig ſei, als er diſpoſitionsfähig ſei, auch wechſelunfähig geweſen, als er den fraglichen Wechſel, der, wenn nicht ein Darlehn, doch gewiß ein Creditgeben enthalte, unterſchrieben habe. Zum Beweiſe, daß K. ſich wirklich damals in väterlicher Gewalt befunden, ward ein Atteſt des Magiſtrats zu H. (K.'s Vaterſtadt) in Schleſien sub A. eingereicht und sub B. das Original eines Erkenntniſſes des k. preuß. Kreisgerichts zu G., unter deſſen Gerichtsbarkeit H. liegt, welches mit dem unter Gerichtshand und Siegel ausgeſtellten Atteſte der Rechtskraft verſehen worden war. R. hatte nämlich im Jahre 1853 gegen den Vater K.'s, den Dr. med. K. in H., auf Herausgabe einer Erbſchaft von 1200 Thlrn. —- —- geklagt, die K. jun. gehörte und dieſer ihm laut gerichtlicher Ceſſion, d. d. 31. Januar 1853 abgetreten habe, ward aber abgewieſen, weil K. zur Zeit der Ausſtellung der Ceſſion, die ſpäter datirt, als der Wechſel, wie nachgewieſen ward, in väterlicher Gewalt geweſen ſei. Dieſe Entſcheidung ließ er, wie geſagt, rechtskräftig werden.

Darauf reſolvirte das K. Landgericht unterm 8. und 29. März Siſtirung des weiteren Verfahrens und wies R. mit ſeinem Suchen ab. Dieſer appellirte dagegen, und es reformirte das K. Appellationsgericht zu Dresden unterm 1. Mai 1854 wie folgt:

ꝛc. „Das K. Appellationsgericht hat die Entſchließung des Landgerichts durch das von dem Beklagten Bl. —, verb. mit Bl. — und Bl. — Beigebrachte für gerechtfertigt anzuſehen nicht vermocht.

Allerdings kann zwar rückſichtlich der zwiſchen Bl. — und Bl. — im Originale eingehefteten Urkunde die Frage entſtehen, ob ſelbige überhaupt als ein Wechſel im Sinne der allgem. deutſchen Wechſelordnung anzuſehen und zur Geltung zu bringen ſei, da die darin enthaltenen Worte „mit Sechs Procent" an ſich ebenſowohl auf die Capitalzahlung ſelbſt, als auf ein Zinsverſprechen bezogen werden können, jedenfalls aber zur Ermittelung der wechſelmäßig zu zahlenden Summe eine Interpretation nothwendig machen und es daher an einer beſtimmten Angabe der zu zahlenden Geldſumme gebricht, übrigens auch, ſelbſt wenn man jene Worte als ein Zinsverſprechen auffaſſen will (für welche Auffaſſung nicht nur die allgemein übliche Berechnung der Zinſen nach Procenten, ſowie die über dem Wechſel zu leſenden Worte „für 600 Thaler" ſprechen, ſondern auch nach Bl. — und Bl. — Einverſtändniß der Parteien vorzuliegen ſcheint), es durchaus nicht unbeſtritten iſt, ob durch ein ſolches Zinsverſprechen eben mit Rückſicht darauf, daß nach der Wechſelordnung die Angabe einer beſtimmten, nicht erſt durch Berechnung oder Interpretation zu ermittelnden Summe zu den Erforderniſſen eines Wechſels gehört, der ganze Wechſel, oder nach dem Grundſatze utile per inutile non vitiatur nur der das Zinsverſprechen enthaltende Theil deſſelben ungültig werde.

(Vergl. Archiv für deutſches Wechſelrecht, Bd. I. S. 198. a. E. Bd. II. S. 84. 92 flg. und 427 flg.)

Allein man kann im vorliegenden Falle von dieſer Frage um deswillen gänzlich abſehen, weil jener Wechſel, wenn man ihn nicht im Sinne der Wechſelordnung gelten laſſen will, doch jedenfalls nach Sächſiſchem Rechte als eine nach §. 4. des Geſetzes über den Schuldarreſt und den Wechſelproceß vom 7. Juni 1849 die Unterwerfung unter die Wechſelhaft in ſich ſchließende Schuldurkunde ſich darſtellt,

zufolge deren das in dem nurangezogenen Gesetze vorgeschriebene Verfahren gegen den Aussteller Anwendung leidet. Hierbei kann auch darauf, daß jene Urkunde im Königreiche Preußen ausgestellt, Beklagter selbst auch preußischer Unterthan und in gedachtem Lande nach den daselbst geltenden Gesetzen die Unterwerfung unter die Wechselhaft außer dem Falle der Ausstellung eines eigentlichen Wechsels wirkungslos ist, insofern etwas nicht ankommen, als die Anlegung der Wechselhaft lediglich als ein Vollstreckungsmittel in Betracht kommt, mithin die Frage, ob diese Art der Execution gegen den Schuldner zu verfügen sei, nur als eine processualische sich darstellt, wegen deren Entscheidung der Richter auch dem Ausländer gegenüber ohne Rücksicht auf den wesentlichen Wohnort desselben und die etwa dort geltenden processualischen Bestimmungen allein an die inländischen Proceßgesetze sich zu halten hat. Wenn daher die fragliche Urkunde die Unterwerfung des Beklagten unter die Wechselhaft zweifelsohne enthält und in Gemäßheit der darin ausgesprochenen Verpflichtung zur Zahlung an „allen Orten" im Inlande zur gerichtlichen Geltendmachung gelangt, so ist auch hierdurch die Anwendung des in dem Gesetze vom 7. Juni 1849 bestimmten Verfahrens gegen den Beklagten gerechtfertigt.

Nun hat zwar letzterer die Rechtsverbindlichkeit der Urkunde für ihn Bl. — flg. noch um deswillen bestritten, weil letztere als eine Schuldverschreibung für ein Darlehn gegeben worden sei, er, Beklagter, aber zur Zeit der Ausstellung derselben noch in väterlicher Gewalt sich befunden habe, und er hat zur Bescheinigung dieses Anführens theils auf das Bl. — unter B. ersichtliche Zeugniß des Magistrats zu H., theils auf den Inhalt des Bl. — unter A. in einfacher*) Abschrift beigebrachten Erkenntnisses des Königl. Kreisgerichts zu G. 1. Abtheil. sich bezogen. Allein, wenn auch die Behauptung, daß die Urkunde auf ein Darlehnsgeschäft sich beziehe, in dem darin enthaltenen Bekenntnisse des Beklagten, die Valuta in Baar empfangen zu haben, einige Unterstützung findet, so kann doch andererseits für das Anführen, daß Beklagter zur Zeit der Ausstellung am 6. September 1852 annoch in väterlicher Gewalt sich befunden habe, die erforderliche Bescheinigung (welche allerdings, vermöge der für die Dispositionsfähigkeit des zur Zeit der Ausstellung auch nach preußischem Rechte bereits volljährig gewesenen Beklagten streitenden Vermuthung, von Letzterem zu führen sein würde) in den erwähnten Documenten unter A. und B. nicht gefunden werden, da das Erkenntniß unter A., rücksichtlich dessen sich übrigens nicht einmal übersehen läßt, ob selbiges auch in Rechtskraft übergegangen sei*), in einer ganz anderen Sache gesprochen worden ist, und soviel das Zeugniß unter B. anlangt, solches weder materiell, noch formell als beweiskräftig sich ansehen läßt, indem darin weder auf öffentliche Acten, noch auf sonstige Gründe richterlicher Wahrnehmung hinsichtlich der bezeugten Thatsache Bezug genommen worden und überhaupt dasselbe von einer Verwaltungsbehörde ausgestellt ist, welche präsumtiv zur Bezeugung dieser fraglichen, eine richterliche Cognition erfordernden Thatsache weder befugt, noch befähigt ist, nichts zu verschweigen, daß das Zeugniß nicht einmal mit der Legalisation einer höhern Behörde versehen ist.

Es liegt demnach kein hinlänglicher Grund vor, das auf Klägers Antrag wider den Beklagten eingeleitete Verfahren zu sistiren, vielmehr ist solches gebührend fortzustellen."

Dagegen appellirte der Beklagte und reichte zum Beweise der bestehenden väterlichen Gewalt noch folgende Documente ein: sub C. ein weiteres, von der K. Regierung zu Breslau legalisirtes Attest des Magistrats zu H., in welchem auf Grund von Acten und angestellten Erörterungen bezeugt war, daß Beklagter bis Juli 1852 im väterlichen Hause gewohnt hatte (mit Ausnahme der Universitätszeit), daß er nie ein selbstständiges Gewerbe betrieben oder einen Hausstand begründet habe, und daß er erst im November 1853 bei Gelegenheit seiner Verheirathung von seinem Vater der Gewalt entlassen worden sei; sub D. eine gerichtliche Erklärung seines Vaters, welche diesem Attest entsprach, insbesondere noch hervorhob, daß Beklagter die Universität Breslau verlassen habe, ohne das ärztliche Promotionsexamen zu absolviren, und daß er keinerlei freies Vermögen besitze; sub F. ein mit dem Attest der Rechtskraft versehenes Originalerkenntniß des Kreisgerichts zu G., welches zwischen R. und des Beklagten jüngerem Bruder gesprochen worden war; in demselben war anerkannt worden, daß der Magistrat competent zu Ausstellung der fraglichen Atteste sei, und war das obgedachte preußische Recht hinsichtlich der Dispositionsfähigkeit der Haussöhne entwickelt worden;

*) Das war ein Irrthum; es war ein Originalerkenntniß, wie stets in Preußen, unter Gerichtshand und Siegel ausgefertigt.

Anm. d. Eins.

*) Auch dies war ein Irrthum; auf dem Erkenntniß befand sich das unter Gerichtshand und Siegel ausgestellte Attest der Rechtskraft.

Anm. d. Eins.

sub E. ein Atteſt der K. Polizeidirection zu Dresden, daß Beklagter in der Zeit vom Juli 1852 bis April 1853 in einem Gaſthof in Dresden gewohnt, kein Gewerbe betrieben und keinen ſelbſtſtändigen Hausſtand begründet hatte; sub G. und H. ſchließlich zwei Entſcheidungen in denſelben Sachen, in welchen Beklagtens Hausſohnseigenſchaft noch für das Ende 1853 vom K. Appellationsgericht zu Glogau anerkannt worden war. Gleichzeitig berief ſich Beklagter auf den allgemeinen Inhalt der Acten der K. Polizeidirection zu Dresden und der Polizeiabtheilung des Landgerichts, woraus ſich ergab, daß er im Jahre 1852 und Anfang 1853 weder ein Gewerbe betrieb, noch einen eigenen Hausſtand gegründet hatte.

Darauf ſtellte das K. Oberappellationsgericht unterm 13. Juli 1854 die erſtinſtanzliche Reſolution unter Compenſation der Koſten zweiter und dritter Inſtanz aus folgenden Gründen wieder her:

„R. zu R. im Preußiſchen hat aus dem fol. — erſichtlichen Wechſel gegen den Literaten K. in L. den Wechſelproceß angeſtellt.

Die erſte Inſtanz wies fol. — den Antrag des Impetranten zurück, die zweite Inſtanz dagegen gab dem Antrage Statt.

Es ward dieſe Verordnung dem Impetraten am 23. Mai a. c. bekannt gemacht (fol. —), und am 27. ejsd. hat der letztere dagegen appellirt (fol. — actor.).

Das Object des Streites beträgt 600 Thlr. —ſ —ſ mit Zinſen zu 6 Procent.

Impetrat ſtützt ſich zunächſt darauf, daß der Wechſel, als im Preußiſchen ausgeſtellt, auch nach Preußiſchem Rechte zu beurtheilen ſei, eine Entgegnung, welche ſich namentlich auf die Anwendung des §. 1. der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung in Verbindung mit den Dispoſitionen des Preußiſchen Landrechts bezieht. Was zunächſt die Frage betrifft, ob hier das Preußiſche Recht in materieller Hinſicht zur Anwendung zu bringen ſei, ſo iſt dieſe zu bejahen, da der Wechſel von einem preußiſchen Unterthan einem eben ſolchen im Preußiſchen ausgeſtellt iſt. Dieſe Lage der Sache überhebt auch ein weiteres Eingehen auf Unterſcheidungen, welche in Frage kommen würden, wenn eine mehrfach mögliche andere Modalität des Falles vorläge.

Daß Impetrat zur Zeit der Ausſtellung des Wechſels noch unter väterlicher Gewalt ſtand, wird durch das, was von ihm beigebracht worden iſt, nachgewieſen.

Das Urthel, welches fol. — sq. (sub A.) ſich in Abſchrift befindet und nach fol. — in Rechtskraft übergegangen iſt, mag es auch einen Proceß zwiſchen dem jetzigen Kläger und dem Vater des Beklagten, dem Dr. K., betreffen, alſo nicht den jetzigen Beklagten unmittelbar angehen, iſt doch als ein ſolches öffentliches Beweisthum zu rechnen, woraus hervorgeht, daß der Impetrat, um deſſen Verhältniß zu ſeinem Vater es ſich damals gleichfalls handelte, zur Zeit der Ausſtellung des Wechſels noch Hausſohn war und unter väterlicher Gewalt ſtand, daß die competenten Gerichte dies anerkannten und die Beſchäftigung als ſogenannter Literat nicht für eine ſeparate Haushaltung erkannten. Die Abſchrift, welche ſich fol. — sq. befindet, iſt beglaubigt fol. —, und wenn auch dieſe Beglaubigung unzweckmäßig und ungenau iſt, weil darin nicht ausgeſprochen worden, in welcher Form das zu Beglaubigende vorgelegen habe, ſo muß doch angenommen werden, daß eine in beweiſender Form beſtehende Ausfertigung vorlag. Aber es iſt auch nicht einmal nöthig, ſich auf dieſes Erkenntniß zu beziehen, da der Magiſtrat zu H. nach dem Zeugniſſe sub B. fol. — amtlich bezeugt, daß der Impetrat erſt zu Ende des Jahres 1853 aus der väterlichen Gewalt entlaſſen worden ſei (fol. —). Zwar treffen auch dieſes Zeugniß zum Theil die (formellen) Bedenken, welche bei dem Urthel erwähnt worden ſind; allein, wollte man noch irgend einem Zweifel Raum geben, ſo wird dieſer durch das, was Beklagter erſt neuerlich beigebracht hat, völlig gehoben. Denn durch ein ähnliches Zeugniß des Magiſtrats zu H. vom 29. Mai 1854, welches laut Bericht des hieſigen Landgerichts vom 19. Juni dieſes Jahres vor dem Landgerichte eingereicht und durch dieſes mit anher gelangt iſt, hat der Magiſtrat zu H. bewahrheitet, daß der Vater des Impetraten denſelben erſt im Monat November 1853, nach Ausweis der vor dem Magiſtrate ergangenen Acten, der väterlichen Gewalt entlaſſen habe; dies Zeugniß iſt in legaler Form ausgeſtellt und von der Oberbehörde hinſichtlich der Unterſchrift des Magiſtrats beglaubigt (m. ſ. die Beilage sub C).

Nun kann man zwar den Zweifel erheben, daß dies erſt in dritter Inſtanz beigebracht worden. Allein man hat in dieſem, wie bereits in ähnlichen Fällen, auf dieſen Zweifel kein Gewicht gelegt, weil nicht ſowohl etwas Neues im Sinne des §. 17. des Geſetzes B. vom 28. Januar 1835 in dem Beigebrachten erblickt werden kann, als vielmehr nur eine Beſtätigung und Vervollſtändigung deſſen, was bereits (fol. —) in erſter Inſtanz vorlag, und wenn ſchon an ſich angenommen werden mag, daß der Magiſtrat von H., indem er ſich bei dem von ihm Bezeugten auf die vor ihm, als Behörde ergangenen

Acten berief, in dergleichen den Personenstand betreffenden Dingen als Polizeibehörde competent sei, so wird dies nur noch bekräftigt durch die erwähnte Urkunde sub C.

Der Wechsel ist über ein Darlehn ausgestellt; dies muß man wenigstens so lange annehmen, als nicht das Gegentheil bewiesen ist. Zu dieser Annahme berechtigt das Zinsversprechen (denn als solches stellt sich die Verschreibung der 6 Procent dar), theils aber das Bekenntniß, die Valuta in baar erhalten zu haben.

Nach Preußischem Rechte, worauf sich Impetrat mehrfach ausdrücklich bezieht, sind die Verpflichtungen der Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, in der Regel (und ein Ausnahmefall liegt hier nicht vor) ungültig und rechtsunverbindlich hinsichtlich des Vaters und hinsichtlich der Kinder selbst.

Preußisches Landrecht, II. Theil, II. Titel, §. 125. §. 131. 132. 136.

In Bezug auf Darlehne stimmt diese Vorschrift unfehlbar mit dem gemeinen und auch mit dem Sächsischen Rechte überein.

Es ist hiernach der Wechsel nach Maaßgabe von Artikel 1. der allgemeinen deutschen Wechselordnung jct. Art. 84. ebenderselben nicht zur Erhebung der Wechselklage aus ihm geeignet, eben so wenig, als würde ein bloßes Darlehnsgeschäft ohne Wechselverbindlichkeit, wenn nicht besonders nachzuweisende Ausnahmen einträten, klagbar gewesen sein.

Man hat daher auf Dasjenige nicht einzugehen, was in voriger Instanz bezüglich des Wesens der Unterwerfung unter die Wechselhaft fol. — gesagt worden ist, und nur so viel soll hier angedeutet werden, daß man diesen Grundsätzen in ihrem vollen Umfange beizutreten Bedenken trägt.

Aus dem Obigen rechtfertigt sich die abändernde Entscheidung in der Hauptsache, während des Kostenpunktes halber, soweit er die zweite Instanz betrifft, die Verordnung fol. — zu bestätigen war. Eben so sind in dritter Instanz die Kosten zu compensiren gewesen."

## 101.

### Den Detailhandel mit Stearinlichtern betreffend*).

Mitgetheilt von
Herrn Dr. P. in D.

Die Seifensiederinnung zu —n beantragte im Monat December 1852 bei dem dasigen Stadtrathe unter Bezug auf ihre im Jahre 1693 landesherrlich confirmirten Specialartikel und die darin enthaltene Bestimmung:

„daß keinem Handels- oder Kaufmann, Krämer, noch sonst Jemandem, wer der auch sei, an Orten, wo ein oder mehrere Meister wohnen, zugelassen sein solle, daß er mit Seife oder Lichten, sowohl in- als ausländischen, handeln möge,"

die Ausbringung eines Verbots an die Mitglieder der dasigen Handelsinnung und die Untersagung des Detailhandels mit Stearinlichtern unter ½ Centner bei 20 Thalern Strafe.

Nachdem die Administration der Handelsinnung gehört worden war, ertheilte der Stadtrath zu —n folgenden Bescheid:

„Dafern die impetrantische Seifensiederinnung binnen vier Wochen den Nachweis liefert,

„daß drei ihres Mittels Stearinlichter in gehöriger Quantität und Qualität vorräthig führen,"

so haben die Mitglieder der impetratischen Handelsinnung des Handels mit dergleichen Lichtern unter ½ Centner bei Zwanzig Thalern Individualstrafe sich zu enthalten.

Die erwachsenen Kosten werden compensirt."

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

„Nach den Verhandlungen in Act. S. no. 7 unterliegt es keinem Zweifel, daß die hiesigen Kaufleute mit in- und ausländischen Lichtern, ohne Unterschied zwischen gegossenen oder anderen, in Quantitäten von weniger als ½ Centner bei Strafe sich zu enthalten haben.

Nun erstreckt sich das Arbeitsgebiet der Seifensiederinnung — wie in Funke's Polizeirechte, 4ten Band, Seite 219. dargelegt worden — auch auf die Fertigung von Stearinlichtern.

Daher steht der Seifensiederinnung, ohne daß es weiter der Einholung eines technischen Gutachtens bedarf, in Ansehung der Stearinlichter, gegenüber der impetratischen Handelsinnung, ein Prohibitiv-

*) Vergl. Zeitschrift f. R. u. V. N. F. Bd. IV. S. 82. no. 6.

recht mit der obbemerkten Modification unbezweifelt zu.

Zu rechtlicher Wirksamkeit dieses Verbietungsrechtes ist nun aber, nach Funke's Polizeirechte, IV. Seite 146., erforderlich, daß mindestens drei Meister des Seifensiederhandwerks Stearinlichter in gehöriger Quantität und Qualität vorräthig führen.

Letzteres ist zwar von der Impetrantin behauptet, von der Impetratin aber in Abrede gestellt worden.

Daher hat erstere zuvörderst den ihr aufgegebenen Nachweis zu führen.

Die ausgesprochene Kostencompensation ist durch vorstehende Decisivgründe gerechtfertigt."

Auf den gegen diesen Bescheid von der Handelsinnung eingewendeten Recurs erging Seiten der Königl. Kreisdirection zu Dresden unterm 4. October 1853 folgende Verordnung:

„Die Königliche Kreisdirection hat im Verfolg des von dem Stadtrath zu —n unterm 22. v. Mts. erstatteten Berichts in der zwischen der dasigen Seifensiederinnung, Impetrantin, und der Handelsinnung, Impetratin, obschwebenden Administrativstreitigkeit auf den von der Impetratin wider den Bl. — der nebst drei Beilagsactenstücken und neun Packeten Stearinkerzen anbei zurückfolgenden Acten ersichtlichen Rathsbescheid Bl. — ergriffenen Recurs in zweiter Instanz dahin entschieden:

daß es bei sothanem Bescheide, des dagegen eingelegten Rechtsmittels ungeachtet, allenthalben zu bewenden habe; es ist auch Impetratin die durch letzteres verursachten Kosten ab- und beziehentlich der Impetrantin zu erstatten verbunden.

Diese Entscheidung beruht im Wesentlichen auf den dem Bescheide erster Instanz untergelegten Gründen, zu welchen nur noch Folgendes hinzuzufügen ist:

Impetratin hat ihren gegen die Entscheidung erster Instanz eingewendeten Recurs Bl. — hauptsächlich durch zwei Momente zu unterstützen gesucht, theils nämlich dadurch, daß sie in Abrede gestellt, daß das Arbeitsgebiet der Impetrantin auf alle Sorten und insbesondere auf die feineren Sorten von Stearinkerzen sich erstrecke, theils dadurch, daß sie den Nachweis des bloßen Führens der fraglichen Kerzen Seiten dreier Mitglieder der impetrantischen Innung für ungenügend erklärt, vielmehr auch den Beweis der Fertigung Seiten derselben als Bedingung der Ausübung des Verbietungsrechtes erfordert hat.

In ersterwähnter Hinsicht hat Dieselbe zum Erweise ihrer Behauptung, daß die Seifensieder zu Herstellung der besseren Sorten Stearinkerzen mit ihrem Handwerkszeuge gar nicht befähigt seien, Bl. — auf die Einholung eines sachverständigen Gutachtens angetragen.

Würde nun auch der hiergegen von der Impetrantin Bl. — erhobene Widerspruch nicht zu beachten gewesen sein, so hat Man doch dem nurbemerkten Antrage zu fügen, oder sogar auf Grund der fraglichen Beschwerde eine Abänderung des ertheilten Bescheides eintreten zu lassen, um deswillen Anstand genommen, theils weil durch vielfache, diesfalls früher ergangene, rechtskräftige Entscheidungen bereits außer Zweifel beruht, daß im Allgemeinen die Stearinkerzen zum Arbeitsgebiete der Seifensiederinnung, zu dessen Schutz derselben ein Verbietungsrecht zusteht, gehören, theils weil der in dem Bescheide der Impetrantin auferlegte Beweis, von dessen Führung die rechtliche Wirksamkeit des nurgedachten Verbietungsrechtes abhängig gemacht worden, nicht blos auf die Quantität, sondern auch auf die Qualität jener Kerzen gerichtet sein soll, hierbei aber sich ergeben wird, ob und wie weit die Mitglieder der impetrantischen Innung auch die besseren Sorten derselben in dem diesfallsigen Bedürfniß des Publikums entsprechender Weise herzustellen im Stande sind.

Anlangend hiernächst das zweite Hauptmoment der impetratischen Recursdeduction, so beruht es gleichfalls auf mehrfachen, in höchster Instanz ertheilten Präjudizien, daß namentlich in dem Falle, wenn, wie in dem vorliegenden, nach Art. 42. der Specialartikel der dasigen Seifensiederinnung vom 5. December 1693 einer Innung nach ihren Specialartikeln hinsichtlich des Handels ausdrücklich ein Verbietungsrecht zusteht, es zu Ausübung des letzteren nur des Nachweises bedarf, daß drei Mitglieder der Innung die betreffende Waare in hinreichender Quantität und Qualität führen, und kann daher Recurrentin auf die neuerlich verlassene, davon abweichende Ansicht, welche in dem von ihr erwähn- R.'schen Falle befolgt worden ist, sich nicht mit Erfolg beziehen.

Konnte vielmehr nach Vorstehendem und den Gründen der vorigen Entscheidung die Bestätigung der letzteren keinem begründeten Zweifel unterliegen, so durfte Man auch nicht anstehen, die Impetratin in Ab- und Erstattung der durch ihr Rechtsmittel verursachten Unkosten zu verurtheilen."

Auch bei dieser Entscheidung faßte die Handelsinnung keine Beruhigung, ergriff vielmehr nochmals das Rechtsmittel des Recurses, und es erfolgte darauf unterm 15. Februar 1854 durch das Königliche Ministerium des Innern die nachstehende Entscheidung:

„In der vor dem Stadtrathe zu —n zwiſchen der daſigen Seifenſiederinnung, als Impetrantin, und der Handelsinnung, als Impetratin, wegen des Detailhandels mit Stearinlichtern anhängigen Adminiſtrativjuſtizdifferenz hat das Königliche Miniſterium des Innern in collegialiſcher Sitzung nach §. 18. des Geſetzes vom 30. Januar 1835. sub D. auf den von der Impetrantin gegen das Bl. — der Acten sub Litt. S. no. 96. erſichtliche Erkenntniß zweiter Inſtanz nach Bl. — jct. Bl. — flg. derſelben Acten eingewendeten Recurs die angefochtene Entſcheidung, wie hierdurch geſchieht, beſtätigt, und es iſt auch die Recurrentin die erwachſenen gerichtlichen Koſten allein abzuſtatten, beziehentlich der Impetrantin zu erſtatten ſchuldig.

Zur Rechtfertigung dieſer confirmatoriſchen Entſcheidung bedarf es nächſt der Hinweiſung auf die in erſter und zweiter Inſtanz angeführten Gründe lediglich der Verweiſung auf den klaren Wortlaut der Specialinnungsartikel der Seifenſiederinnung vom Jahre 1693, wogegen die Bezugnahme auf die aus dem Jahre 1690 herrührenden und ſonach älteren Specialinnungsartikel der Handelsinnung ſchon aus dem Grunde nicht Stich hält, weil durch die landesherrlich beſtätigten Artikel der Seifenſiederinnung die Rechte der Kaufleute hinſichtlich des Vertriebs von Seife und Lichtern ausdrücklich und ohne Unterſchied zwiſchen in- und ausländiſchem Fabrikate beſchränkt worden ſind — demnächſt aber auf die Deciſivverordnung der Landesdirection vom 28. Januar 1832 in den Acten sub Litt. S. no. 76., wonach das Verbot des Detailhandels der Kaufleute mit Lichtern aller Art aufs Neue beſtätigt worden iſt, und welcher gegenüber weiteres Eingehen auf die Art und Weiſe der Herſtellung der einen oder der anderen Lichterſorte, ſowie auf deren in- oder ausländiſchen Urſprung ſich verüberflüſſigt. Iſt nun zwar die Wirkſamkeit des Verbietungsrechtes der Seifenſiederinnung gegen die Handelsinnung in der Differenz zwiſchen der erſtern und dem Kaufmann R. und Genoſſen, ſowie der Handelsinnung als Intervenientin (vgl. Act. S. no. 85.) von der im Intereſſe des Publikums geſtellten Bedingung abhängig erklärt worden, daß drei Seifenſiedermeiſter die betreffende Waare im Verkaufe führen, ſo hat es zwar bei der auch in der vorliegenden Differenz der Impetrantin in dem Beſcheide Bl. — auferlegten Erbringung des Nachweiſes, daß drei ihres Mittels Stearinlichter in gehöriger Qualität und Quantität im Vorrath führen, zu bewenden, und es wird die Wirkſamkeit des Verbietungsrechtes der Impetrantin von dem Ergebniſſe dieſer Beweisführung abhängig zu machen ſein. Allein das Verlangen der Impetratin, daß jene Beſcheinigung auch auf die Selbſtfertigung ſich zu erſtrecken habe, iſt weder in den allgemeinen Grundſätzen über die Wirkſamkeit von Verbietungsrechten in Anſehung des Handels mit zünftigen Artikeln noch in den früheren, in der R.'ſchen Differenz ergangenen Entſcheidungen begründet, da der Wortlaut dieſer Entſcheidungen, — welcher allein maaßgebend ſein kann, wo es ſich um den Umfang deſſen handelt, was rechtskräftig feſtſteht, — nur das im Vorrath führen, nicht auch die Selbſtfertigung verlangt, und die Erwähnung der letzteren in den Entſcheidungsgründen ebenſowenig, wie das in den Entſcheidungsgründen der vorigen Inſtanz Bl. — vorkommende Wort: Herſtellung, worunter offenbar nur die Beſchaffung verſtanden worden iſt, für ſich geeignet ſind, den Inhalt der dispoſitiven Worte der früheren, in Rechtskraft übergegangenen Erkenntniſſe zu alteriren.

Da hiernach der Recurs der Impetratin in allen Beziehungen als unbegründet zu erachten war, ſo mußte ihr auch in gegenwärtiger Inſtanz die alleinige Bezahlung und beziehentlich Erſtattung der Proceßkoſten auferlegt werden."

In Folge dieſer Entſcheidung unternahm die Seifenſiederinnung die Führung des ihr nachgelaſſenen Beweiſes, und der Stadtrath zu —n ertheilte ſchließlich folgenden, in Rechtskraft übergegangenen Beſcheid:

„Es hat bei der ſol. — von der Handelsinnung abgegebenen Erklärung, daß ſie den der Impetrantin aufgegebenen Nachweis für geliefert erachte, ſein Bewenden.

Demgemäß haben nunmehr die Mitglieder der hieſigen Handelsinnung des Handels mit dergleichen Lichtern, wie ſie in Frage befangen ſind (Stearinlichtern) unter ½ Centner bei Zwanzig Thalern Individualſtrafe ſich zu enthalten.

Die von ſol. — an erwachſenen Koſten ſind von den Parteien antheilig, und ſoviel eine jede derſelben veranlaßt hat, abzuſtatten."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 49.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


### 102.

Den verabschiedeten Soldaten ist der selbstständige Betrieb eines Gewerbes ohne Rücksicht auf dessen zünftige Erlernung unter den in §. 106. des Gesetzes vom 1. August 1846 gedachten Beschränkungen zu gestatten. — Dies leidet auch Anwendung auf Bauhandwerker.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. K. in L.

Bei dem Königl. Ministerium des Innern kam im August 1852 J. A. M. in dem Dorfe R. bei L. mit einer Beschwerde über die Maurerinnung zu L. ein, worin er gegen letztere um Schutz im Betriebe der Maurerprofession bat und unter Beifügung seines Militärabschiedes — Inhalts dessen er 6 Jahr 9 Monate, zuletzt als Corporal, gedient hat und im September 1835 verabschiedet worden ist — anführte:

Er habe vor seinem Eintritte in den Militärdienst 2 Jahr 6 Monate lang beim Maurermeister W. im Dorfe K. die Maurerprofession gelernt und nach seiner Entlassung vom Militär, ohne daß er seine Lehrzeit beendigt habe und losgesprochen sei, „unter Garantie des Maurermeisters R. zu L. auf seine eigne Hand als Maurer gearbeitet, seine Gebühren dem Meister entrichtet und nur solche Baue übernommen, wo mittelbar kein Meister nöthig gewesen sei". Neuerlich sei ihm jedoch die Ausführung einer von ihm übernommenen Arbeit von dem Obermeister untersagt und ihm gedroht worden, sobald er wieder etwas in der Nähe der Stadt arbeiten würde, ihn aufheben zu lassen.

Ueber das Thatsächliche in dieser Beschwerde, worin Derselbe um Schutz gegen die Innung bat, wurde zuvörderst auf Anordnung des Königl. Ministeriums von dem Stadtrathe zu L. Erörterung angestellt, und es erklärte hierbei der Obermeister der Maurerinnung zu L., daß er zwar niemals gegen M. die gedachte Drohung ausgesprochen habe, dies vielmehr in Bezug auf den Handlanger S. geschehen sei, welcher vor einiger Zeit in Gemeinschaft mit M., welchen er für einen Maurergesellen gehalten, ein Haus abgeputzt und gleich Jenem mit dem Maurerkolben gearbeitet habe; da er jedoch nun höre, daß M. nicht Maurergesell sei, vielmehr seine Lehre nicht bestanden habe, sondern vor deren Vollendung zum Militär gekommen sei, so könne er Namens der Innung auch nicht zulassen, daß M. hier als Maurergesell arbeite, glaube auch nicht, daß er der in seinem Militärabschiede gedachten Vortheile für theilhaftig anzusehen sei. Er verstehe nämlich die Berechtigung eines verabschiedeten Soldaten, ein Handwerk, eine Kunst oder ein Gewerbe zu betreiben, nur so, daß ein Soldat, der Geselle sei, sein erlerntes Handwerk betreiben dürfe, könne aber nicht annehmen, daß auch der, der die Lehrzeit nicht vollendet habe und nicht Gesell geworden, berechtigt sei, auf die Profession, die er lernen wollte, zu arbeiten.

Der Stadtrath erstattete hierauf Bericht an die Königliche Kreisdirection zu L., und es erließ Letztere unter dem 2. October 1852 eine Verordnung, aus welcher Folgendes zu entnehmen gewesen ist:

„Es hat zwar die Beschwerde M.'s durch die Erklärung des Obermeisters der Maurerinnung, daß er keineswegs dem Beschwerdeführer M., sondern nur dem mit ihm arbeitenden Handlanger verboten

habe, als Maurer zu arbeiten, in der Hauptsache ihre Erledigung gefunden.

Wenn jedoch genannter Obermeister der Ansicht ist, daß dem Beschwerdeführer allerdings der selbstständige Betrieb der Maurerprofession zu untersagen sein werde, weil Derselbe nicht Maurergesell sei und ebendeshalb auf die in seinem Militärabschiede gedachten Vergünstigungen keinen Anspruch zu machen habe, so ist zur Berichtigung dieser Ansicht zu bemerken, daß eine solche Beschränkung der Theilnahme an den fraglichen Begünstigungen auf zünftig gelernte Gesellen weder in §. 106. des Gesetzes über Erfüllung der Militärpflicht vom 1. August 1846 enthalten, noch aus §. 104.*) oder aus den früheren gesetzlichen Bestimmungen im Mandate vom 21. April 1792. Cap. II. §. 51. abzuleiten ist. Denn in §. 104. ist von Vorschriften anderer Art, als in §. 106. die Rede, und es kann daher ein Zusammenhang zwischen beiden Paragraphen nicht angenommen werden, dagegen folgt aber daraus, daß die Bestimmung des Mandats vom 21. April 1792, daß verabschiedete Soldaten nur ihr erlerntes Handwerk betreiben durften, weder in das Gesetz vom 26. October 1834, noch in das Gesetz vom 1. August 1846 wieder aufgenommen worden ist, die Absicht des Gesetzgebers die fragliche Vergünstigung von der Bedingung der Erlernung und namentlich der zünftigen Erlernung des betreffenden Handwerks nicht weiter abhängig sein zu lassen. Hiernach kann aber auch darauf, ob ernannter M. zum Gesellen losgesprochen worden ist oder nicht, weiter etwas nicht ankommen. Vielmehr ist Derselbe, auch ohne Geselle zu sein, nach §. 107. des angezogenen Gesetzes von 1846 für befugt zu achten, die Maurerprofession unter den §. 106. aa. bb. gedachten Beschränkungen selbstständig zu betreiben."

Gegen diese Verordnung remonstrirte der Stadtrath zu L. Er sagt in seinem an die Königliche Kreisdirection erstatteten Berichte:

„Wenn die Königliche Kreisdirection darauf hinweist, daß in §. 104. des angezogenen Gesetzes von Vorschriften anderer Art, als in §. 106. die Rede und die Bestimmung des früheren Gesetzes vom 21. April 1792, daß verabschiedete Soldaten nur ihr erlerntes Handwerk betreiben dürfen, weder in das Gesetz vom 26. October 1834, noch in das vom 1. August 1846 übergegangen sei, hieraus aber die Absicht des Gesetzgebers, die fragliche Vergünstigung von der Bedingung der Erlernung und namentlich der zünftigen Erlernung des betreffenden Handwerks nicht weiter abhängig sein zu lassen, folge, so scheint uns diese letztere Folgerung um deswillen bedenklich, weil wir nicht glauben können, daß die in Sachsen gesetzlich bestehende Zunftverfassung der meisten Handwerke den verabschiedeten Soldaten gegenüber stillschweigend habe aufgehoben werden können oder sollen. Dies um so weniger, als die Hervorhebung der Erlernung des Handwerks in §. 106. des neueren Gesetzes unserer Ansicht nach nicht blos wegbleiben konnte, sondern sogar unterbleiben mußte, wenn nicht eine überflüssige Wiederholung einer vor-

---

*) §. 104. Diejenigen Mannschaften, welche nach vollendeter gesetzlicher Dienstzeit in der activen Armee aus selbiger ausscheiden, haben auf nachfolgende Begünstigungen Anspruch:

a) Diejenigen, welche als Lehrlinge einer zunftmäßigen Kunst oder eines Handwerks durch ihre Einstellung in die Armee verhindert worden sind, ihre Lehrzeit auszuhalten, sollen auf ihr Ansuchen unentgeldlich zum Gesellen aufgenommen werden, sofern sie nach Maaßgabe der bestehenden gesetzlichen Vorschriften dazu tüchtig sind,

b) diejenigen, welche durch Erfüllung ihrer Militärpflicht abgehalten wurden, als Gesellen ihre Wanderschaft zu vollenden, sind von den Wanderjahren dispensirt.

§. 106. Soldaten, welche wegen eingetretenen Kriegszustandes nicht entlassen werden konnten und über ihre gesetzliche Dienstzeit hinaus gut gedient haben, sollen, außer den §. 104. aufgeführten Begünstigungen, annoch folgende zu Theil werden:

a) es ist ihnen gestattet, wenn sie auch das Meisterrecht nicht erlangt haben, ein Handwerk, eine Kunst oder ein Gewerbe, jedoch unter nachstehenden Beschränkungen, zu treiben:

aa) sie dürfen weder ein Handwerksschild aushängen, noch Gesellen und Lehrlinge halten;

bb) es ist ihnen nur erlaubt, ihre Eheweiber und diejenigen ihrer Kinder zu zunftmäßigen Arbeiten zu ziehen, welche das fünfzehnte Lebensjahr noch nicht überschritten haben;

cc) sie dürfen nur die von ihnen selbst gefertigten Gegenstände auf Märkten zum Verkaufe bringen. In Bezug auf den Hausirhandel sind sie den bestehenden gesetzlichen Vorschriften unterworfen;

b) dieselben erhalten, statt der bisherigen Personen- und Gewerbesteuerbefreiung, eine nach dem Ermessen des Kriegsministeriums zu bestimmende, bis zu 20 Thaler —=— aufsteigende Gratification.

§. 107. Ueberdies haben auch noch die beim Erscheinen dieses Gesetzes bereits verabschiedeten, oder noch dienenden Mannschaften Anspruch auf die in §. 106. sub a. angeführten Vortheile und Begünstigungen, wenn sie während ihrer gesetzlichen Dienstzeit entweder einem Feldzuge beigewohnt haben oder zu Unterofficieren avancirt sind. Auch sollen dieselben nach erfolgter freiwilliger Dienstverlängerung über die gesetzliche Zeit, wenn sie bereits 16 Jahre lang, jedoch nicht als Stellvertreter, in der Armee gedient haben, auf ihr Ansuchen das Bürger- und Meisterrecht unentgeldlich, aber nur an dem Wohnorte, welchen sie nach ihrer Entlassung gewählt haben, erhalten.

Die Fertigung eines Meisterstücks liegt ihnen jedoch jedenfalls ob.

ausgegangenen Vorschrift stattfinden sollte. Es heißt nämlich in §. 106., es sollen der daselbst genannten Kategorie verabschiedeter Soldaten, außer den §. 104. aufgeführten Begünstigungen, annoch folgende zu Theil werden u. s. w., in §. 104. wird aber sub a. als erste Vergünstigung die unentgeldliche Annahme als Gesellen, sofern sie nach Maaßgabe der bestehenden gesetzlichen Vorschriften dazu tüchtig sind, zugesichert. Es sind mithin beide Bestimmungen durch die Beziehung auf einander in Verbindung gebracht und unserer Ansicht nach um so mehr im Zusammenhange aufzufassen und anzuwenden, als in §. 106. sub a. der Gewerbsbetrieb unter dem Beifügen, „wenn sie auch das Meisterrecht nicht erlangt haben", gestattet, keineswegs aber gesagt wird, wenn sie auch das Handwerk nicht erlernt haben, was den nurgedachten Beisatz ebenfalls bezeichnen und gewiß geschehen sein würde, wenn man die früheren gesetzlichen Vorschriften beseitigen und einen völlig freien Gewerbebetrieb hätte zugestehen wollen.

Hierzu kommt, daß wir nicht glauben können, es habe der Gesetzgeber den nach Vollendung ihrer gesetzlichen Dienstzeit entlassenen Soldaten das Gesellenthum nur unter der Voraussetzung der Tüchtigkeit zugestehen (§. 104.), denen aber, die wegen eingetretenen Kriegszustandes nicht entlassen werden konnten und über ihre gesetzliche Dienstzeit hinaus gut gedient haben, den selbstständigen Gewerbebetrieb ohne alle Rücksicht, ob sie in ihrem Gewerbe auch nur die Geschicklichkeit eines Gesellen erlangt und durch die Fertigung eines Gesellenstücks dargethan haben, gestatten wollen. Dieses Bedenken erledigt sich dagegen vollständig, wenn in der von uns angenommenen Auslegung die Vorschrift des §. 106. angewendet wird, wobei außerdem auch das fernere Bedenken, das einer ausdehnenden Auffassung der in Rede stehenden, eine Ausnahme von den sonst geltenden Normen bildenden Vergünstigung entgegenstehen dürfte, verschwindet.

Abgesehen von diesen allgemeinen Bedenken gehen uns in dem vorliegenden Falle auch noch besondere bei, die der Königlichen Kreisdirection vorzutragen wir uns verpflichtet halten.

M. betreibt nämlich das Maurergewerbe, also ein solches Handwerk, bezüglich dessen ganz specielle, auf die Tüchtigkeit derartiger Gewerbtreibender sich beziehende gesetzliche Vorschriften gelten. Namentlich ist in §. 11. der Verordnung vom 14. Januar 1842, die Meisterprüfungen der Baugewerke betr., bestimmt,

> daß das Meisterrecht nach wie vor als die Bedingung des selbstständigen Gewerbsbetriebs und der eigenen Uebernahme von Bauen anzusehen ist.

Daß diese Vorschrift durch §. 106. des Gesetzes vom 1. August 1846 aufgehoben worden sei, scheint uns nicht angenommen werden zu können, sie würde daher auch M. behindern, die Maurerprofession selbstständig zu betreiben.

Besonders ist hierbei zu berücksichtigen, daß bei Ausübung des Maurerhandwerks vielfache wohlfahrtspolizeiliche Rücksichten eintreten, die eine besonders nachgewiesene Befähigung des Ausübenden und eine specielle Controle der Ortsobrigkeit erfordern, die aber ohne alle Beachtung bleiben würden, wenn ein verabschiedeter Soldat unbeschränkt jedes beliebige Gewerbe, und namentlich also auch die Maurerprofession, betreiben dürfte.

Endlich sollen aber die §. 106. gedachten Vergünstigungen nur

> den Soldaten zu Theil werden, welche wegen eingetretenen Kriegszustandes nicht entlassen werden konnten.

In dieser Lage hat sich aber M. nicht befunden, denn er hat laut seines beifolgenden Militärabschieds 6 Jahre 9 Monate gedient und ist im September 1835 verabschiedet worden, also zu einer Zeit, in und vor welcher sich die sächsische Armee im Kriegszustande seit Jahren nicht befunden hatte. Nun sollen zwar auf die Vergünstigungen des §. 106. nach §. 107. desselben Gesetzes auch die beim Erscheinen desselben bereits verabschiedeten Mannschaften Anspruch haben, wenn sie zu Unterofficieren avancirt sind, und hat auch M. laut seines Abschieds zuletzt als Corporal gedient. Allein es heißt in diesem §. 107.,

> „die Fertigung eines Meisterstücks liegt ihnen jedoch jedenfalls ob",

und es muß diese Vorschrift bei der Stellung, die ihr im §. 107. angewiesen worden ist, ebensowohl von den Soldaten, die einem Feldzuge beigewohnt oder zu Unterofficieren avancirt sind, als von denen, welche 16 Jahr lang gedient haben, verstanden werden.

Wir können deshalb M. nicht für befugt halten, das Maurerhandwerk, wenn auch unter den §. 106. sub a. aa. und bb. gedachten Beschränkungen, auszuüben."

Dem Stadtrathe ging hierauf folgende Verordnung vom 9. August 1853 zu:

„Die Königliche Kreisdirection hat sich veranlaßt gefunden, dem Königlichen Ministerium des Innern von den in dem Berichte des Stadtraths hier-

ſelbſt vom 18./22. Juni d. J., die Gewerbsbefugniß verabſchiedeter Soldaten betr., aufgeſtellten Anſichten Kenntniß zu geben und ſich Deſſen Beſcheidung zu erbitten.

Das genannte Königliche Miniſterium hat jedoch, wie auf Deſſen Anordnung dem hieſigen Stadtrathe hierdurch eröffnet wird, die Einwendungen, welche von dem Stadtrathe hierſelbſt in jenem Berichte gegen den Grundſatz geltend gemacht worden ſind, daß den unter die Beſtimmung von §. 106. des Geſetzes vom 1. Auguſt 1846 fallenden verabſchiedeten Soldaten der ſelbſtſtändige Gewerbsbetrieb ohne Rückſicht auf eine innungsmäßige Erlernung des betreffenden Handwerks geſtattet ſei, für begründet nicht zu erachten vermocht, da der innere Zuſammenhang, in welchem nach der Anſicht des Stadtraths die Vorſchriften in §. 104. und in §. 106. des oben angezogenen Geſetzes vom 1. Auguſt 1846 ſtehen ſollen, durch die Faſſung dieſer Paragraphen, und insbeſondere durch den Eingang des §. 106., in welchem geſagt ſei, daß den verabſchiedeten Soldaten der fraglichen Kategorie „außer den §. 104. aufgeführten Begünſtigungen" annoch die ſodann weiter aufgeführten zuſtehen ſollen, keineswegs erwieſen, im Gegentheil danach dasjenige, was in §. 106. als eine nur gewiſſen Kategorien zuſtehende Berechtigung aufgeführt werde, ſelbſtſtändig und außer Verbindung mit den beſchränkten Privilegien, deren §. 104. erwähnt, aufzufaſſen ſei, da ferner im §. 106. sub a. neben dem Handwerksbetrieb auch die Betreibung einer Kunſt oder eines Gewerbes erwähnt werde, bei denen von dem Nachweis vorgängiger Erlernung im Sinne von §. 104. nicht die Rede ſein könne, obgleich die Gründe für die Aufſtellung dieſes Erforderniſſes ganz die nämlichen ſein würden, und da endlich der ſelbſtſtändige Handwerksbetrieb durch das beigefügte Verbot des Haltens von Geſellen und Lehrlingen ohnehin auf ſehr enge Grenzen beſchränkt ſei, dergeſtalt, daß derſelbe, was insbeſondere die Betreibung der Bauhandwerke, welche ohne Beihülfe von Geſellen und Lehrlingen nur auf die ſogenannte Scharwerksarbeit ſich reducire, zu begründeten Beſorgniſſen vom Standpunkte der Gewerbspolizeiaufſicht aus ſchwerlich Veranlaſſung darbieten könne.

Es hat hiernach bei der Bl. — erlaſſenen Verordnung der Königlichen Kreisdirection lediglich zu bewenden."

---

## 103.

Wenn die Bedingung, von welcher die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten abhängig gemacht worden, nicht eingetreten iſt, ſo kann Kläger nur dann auf Erfüllung dieſer Zahlungsverbindlichkeit klagen, wenn er ſich darauf zu beziehen vermag, daß die Bedingung erfüllt worden wäre, wenn Beklagter den Eintritt derſelben nicht verhindert hätte.

Mitgetheilt von

Herrn Dr. B. in L.

In einer am 3. Februar 1852 von S. gegen E. bei dem Stadtgericht zu Leipzig eingereichten Klage führte Kläger Folgendes an:

Unter dem 29. Auguſt 1844 ſchloß Beklagter, welcher von dem Grundſtücksbeſitzer L. den Bau eines Wohnhauſes übertragen erhalten hatte, mit Klägerm wegen der zu dieſem Baue erforderlichen Zimmerarbeiten den beiliegenden Bauaccord ab. Kläger machte ſich dabei verbindlich, die in der Beifuge sub F. verzeichneten Zimmer- und andere Arbeiten herzuſtellen und zu liefern, Beklagter dagegen verpflichtete ſich, dafür eine Accordſumme von 1063 Thlrn. 10 Ngr. — in drei gleichen Terminen, nämlich beim Anfang, beim Richten und bei Vollendung des Baues, an den Kläger zu bezahlen, jedoch mit dem Vorbehalte, dieſe Zahlungen nicht eher zu berichtigen, als bis L. ſeinerſeits die ganze Summe an ihn, den Beklagten E., entrichtet habe, welchen Falls er aber von jedem Termine an die rückſtändige Accordſumme mit vier vom Hunden alljährlich zu verzinſen verſprach.

Kläger hat darauf noch im Laufe des Jahres 1844 die übernommenen Arbeiten contractmäßig an den Beklagten geliefert, dieſer hat ſie übernommen und den ganzen Bau an den Bauherrn L., der derſelben ausdrücklich approbirt hat, übergeben.

Obwohl nun in dem zwiſchen Beklagtem und L. über den eingangs gedachten Hausbau unterm 29 Juli 1844 abgeſchloſſenen und dem Accorde zum Grunde gelegenen Hauptcontracte L. ſich verbindlich gemacht hatte, dem Beklagten für den ganzen Bau die Summe von 2667 Thlrn. 26 Ngr. 8 Pf. ebenfalls in drei gleichen Terminen, nämlich zu Anfang, beim Richten und bei Vollendung des Baues, und jedenfalls ſpäteſtens zu Oſtern 1845 nebſt Zinſen zu vier vom Hundert, von jedem Termine an gerechnet, nach Leipziger Wechſelrecht zu bezahlen, ſo hat doch Beklagter zu Oſtern 1845 nicht allein mit einer Abſchlagszahlung von 907 Thlrn. — —

sich begnügt, sondern er hat auch ohne Zustimmung Klägers dem L. wegen des Restes anfangs, und zwar am 10. April 1845, auf unbestimmte Zeit und gegen das bloße Versprechen L.'s, den Schuldrest baldigst zu bezahlen, später aber, und zwar unterm 30. Januar 1846 bis zum 1. Februar 1847, Gestundung ertheilt, und zu diesem Behufe über alle seine Forderungen, einschließlich des rückständigen Bauaccordsquanti, die anliegende Schuld- und Pfandverschreibung von L. sich aufstellen lassen und angenommen. L. besaß während und nach Vollendung des Baues bis zum 30. Januar 1846 das ꝛc. gelegene Hausgrundstück eigenthümlich, und war sonach zahlungsfähig. Denn auf diesem Hause hafteten zu jener Zeit, und namentlich zu Ostern 1845, mehr nicht als 8355 Thlr. 16 Ngr. 7 Pf. hypothekarisch, welche L. auch noch überdem durch eine am 21. Juni 1847 geleistete Abschlagszahlung von 400 Thlrn. —- —- bis auf 7955 Thlr. 16 Ngr. 7 Pf. minderte. Am 30. Januar 1846 verkaufte L. dieses sein Grundstück an Frau H. für 13,000 Thlr. —- —- und behielt von diesen Kaufgeldern, nach Abzug der nurgedachten hypothekarischen Schulden, außer den ihm von Beklagtem creditirten 2400 Thlrn. —- —-, welche die Abkäuferin mit Zustimmung des letzteren ebenfalls in partem pretii non soluti mit übernahm, die Summe von 2644 Thlrn. 13 Ngr. 3 Pf. übrig.

Wenn nun aber hiernach Beklagter willkürlich und ohne Zustimmung Klägers von den in dem L.'schen Bauaccorde stipulirten Zahlungsbedingungen abgegangen ist, dem Bauherrn L. wegen des Accordgelderrestes zu einer Zeit und unter Umständen, wo dieser zahlungsfähig war, Gestundung ertheilt, sogar das ihm früher zuständige Wechselrecht aufgegeben, an die Stelle des Bauherrn L. die verehel. H. als Schuldnerin angenommen, und nicht einmal bei dem am 3. Februar 1846 erfolgten Ableben des L. seine Forderung geltend gemacht hat, so war er auch nicht weiter berechtigt, Klägerm gegenüber den Vorbehalt, das Accordsquantum nicht eher zu bezahlen, bis L. die ganze Summe an ihn bezahlt habe, geltend zu machen; er hat sich vielmehr dieses Vorbehaltes verlustig gemacht. Gleichwohl hat er an Klägern mehr nicht als 400 Thlr. —- —- am 5. April 1845 bezahlt, und ist sonach 663 Thlr. 10 Ngr. —- schuldig verblieben.

Obschon nun unter diesen Umständen Beklagter rechtlich verbunden ist, den Accordsgelderrückstand mit 663 Thlrn. 10 Ngr. —- dem Kläger zu bezahlen, so kommt er doch dieser Verpflichtung, mehrfacher Mahnungen ungeachtet, nicht nach; Kläger sieht sich deshalb genöthigt, gegen denselben klagbar zu werden, fordert von dem Beklagten allenthalben unter Eidesantrag Einlassung und Antwort auf Klage und Beifuge sub poena confessi et convicti, und bittet zu erkennen:

daß Beklagter die libellirten 663 Thlr. 10 Ngr. —- sammt Zinsen des Verzugs, vom 15. October 1848 an gerechnet, dem Kläger zu bezahlen, demselben auch die verursachten Proceßkosten zu erstatten schuldig.

Der Beklagte stellte die Einrede der Unschlüssigkeit der Klage entgegen, indem er die Folgerung der Zahlungsfähigkeit des L. aus den Prämissen des Klägers bezweifelte, bestritt, sich des bedungenen Vorbehaltes verlustig gemacht zu haben, suchte vielmehr die Beobachtung der größten Diligenz in seinen Manipulationen gegen L. nachzuweisen, und stellte die damalige Zahlungsfähigkeit des L. durchaus in Abrede.

Das Königl. Spruchcollegium zu Leipzig erkannte am 10. August 1852 für Recht:

„Weil in der vorliegenden Klage selbst für den gebrauchten Eidesantrag mit hinreichender Specialität darauf Bezug genommen ist, daß Beklagter nach Eintritt der Fälligkeit der Bauaccordsumme dem Bauherrn L. zu einer Zeit, wo derselbe noch zahlungsfähig gewesen, ohne Klägers Zustimmung Gestundung ertheilt habe, soviel aber nach den in der frühern Sache gesprochenen Entscheidungen*) rechtskräftig unter den Parteien feststeht, daß, die Wahrheit dieser Umstände vorausgesetzt, Beklagter nicht weiter als berechtigt angesehen werden könne, die in §. 4. der Klagbeifuge I. enthaltene Bestimmung, zufolge welcher Beklagter sich vorbehalten hat, die daselbst stipulirten Terminzahlungen an Klägern nicht eher zu bewirken, bis L. die ganze Summe an ihn entrichtet habe, für sich geltend zu machen, — und zufolge der Zugeständnisse soviel in genügender rechtlicher Gewißheit beruht,

a) daß zwischen Klägerm und dem Beklagten, welchem L. damals den Bau eines Wohnhauses übertragen gehabt, wegen der zu diesem Baue erforderlichen Zimmerarbeiten der im Eingange der Klage erwähnte Vertrag abgeschlossen worden;

b) daß Kläger noch im Laufe des Jahres 1844 die in diesem Vertrage übernommenen Arbeiten an den Beklagten geliefert und L. den ganzen Bau nach der Uebergabe approbirt;

c) daß darauf am 10. April 1845 Beklagter von L. eine Abschlagszahlung von 907 Thlrn. —- —-

*) Anmerkung. Kläger war schon früher einmal wegen desselben Objectes gegen den Beklagten klagbar aufgetreten, es wurde aber diese Klage in zweiter und dritter Instanz in der angebrachten Maaße abgewiesen.

erhalten und angenommen, auch an diesem Tage zwischen diesen beiden eine Berechnung stattgefunden, bei welcher das Beklagtem verbliebene Guthaben vergleichsweise auf 2407 Thlr. 25 Ngr. 4 Pf. festgesetzt worden, und

d) daß am 30. Januar 1846 Beklagter wegen dieses, durch Zahlung auf die runde Summe von 2400 Thlrn. —‑ —‑ reducirten Guthabens die Schuld‑ und Pfandverschreibung sub III., Inhalts welcher L. sich verbindlich gemacht, die nurbemerkte, dort als Baukostenquantum bezeichnete Summe spätestens den 1. Februar 1847 an ihn zu bezahlen und das Capital immittelst mit vier vom Hundert zu verzinsen, von L. sich ausstellen lassen und angenommen.

Hiernach aber, obwohl Beklagter das Anführen in der Klage,

> in dem zwischen Beklagtem und L. unterm 29. Juli 1844 abgeschlossenen Hauptaccorde habe Letzterer sich verbindlich gemacht, Beklagtem die stipulirte Bauaccordsumme in drei gleichen Terminen, nämlich $\frac{1}{3}$ zu Anfang, $\frac{1}{3}$ beim Richten und $\frac{1}{3}$ bei Vollendung des Baues, und jedenfalls spätestens zu Ostern 1845, nebst Zinsen zu vier Procent, von jedem Termine an gerechnet, nach Leipziger Wechselrecht zu bezahlen,

ingleichen das Vorbringen des Klägers,

> Beklagter habe ohne seine Zustimmung am 10. April 1845 dem L. gegen das bloße Versprechen, den Schuldrest baldigst zu bezahlen, auf unbestimmte Zeit Gestundung ertheilt,

bei den betreffenden Einlassungspunkten ins Nichtwissen gestellt, doch so viel als erwiesen angesehen werden muß, einmal, daß der von Beklagtem übernommen gewesene Bau bereits im Jahre 1844 vollendet, also auch das dafür stipulirte Bauaccordquantum zu Ausgange dieses Jahres oder doch nach dem nun als Zugeständniß erscheinenden Anführen des Klägers spätestens zu Ostern 1845 gefällig gewesen, sodann, daß Beklagter mindestens, ohne inmittelst auf gerichtlichem Wege seine Ansprüche an L. geltend gemacht zu haben, am 30. Januar 1846 sich von demselben die oben unter d. gedachte Schuld‑ und Pfandverschreibung ausstellen lassen, in welcher als Zahlungstag erst der 1. Februar 1847 festgesetzt, also wirklich bis dahin Gestundung ertheilt worden ist, nun aber schon diese Momente zur Begründung einer Verurtheilung des Beklagten ausreichen, indem nunmehr soviel feststeht, daß Beklagter nicht nur in der Einziehung seiner Forderung säumig gewesen, sondern sogar dem Schuldner, ohne Zustimmung Klägers, Gestundung bewilligt, die Rücksicht auf den mit Klägerm eingegangenen Vertrag aber ihn hätte bestimmen müssen, mit allen ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Zwangsmitteln sofort und unaufhaltsam wider seinen Schuldner L. vorzuschreiten,

unter diesen Umständen aber auch nicht weiter behauptet werden mag, daß zur Begründung der Klage die Beziehung darauf, daß zu der Zeit, wo Beklagter dem Schuldner die Forderung gestundet, L. noch in zahlungsfähigem Zustande sich befunden habe, und der Nachweis einer solchen Behauptung erforderlich gewesen sei, vielmehr nur der Beklagte gegen seine Verurtheilung durch den Beweis sich schützen können, daß L. bereits zu Ostern 1845 zahlungsunfähig gewesen, und daß daher, wenn auch Beklagter gleich damals seine Ansprüche gegen denselben klagbar gemacht hätte, dies gänzlich erfolglos geblieben sein würde,

im Uebrigen, wenn man auch eine entgegengesetzte Meinung annehmen wollte, die Beweislast immer den Beklagten treffen würde, indem dieser zugestanden, daß L. sein in der Klage gedachtes Hausgrundstück am 30. Januar 1846 an seine Tochter für 13,000 Thlr. —‑ —‑ verkauft habe, dies aber präsumtiv damals der wahre Werth des Grundstücks gewesen, demnächst, wenn Kläger anführt und zugesteht, daß auf diesem Grundstücke zu Ostern 1845 nicht mehr als 8355 Thlr. 16 Ngr. 7 Pf. hypothekarisch gehaftet haben, und daß daher L. zur fraglichen Zeit noch ganz solvent gewesen sei, auch dies, ganz abgesehen von der Frage, ob, wie solches Kläger behauptet, diese Hypothekenschulden sich vor dem 30. Januar 1846 durch Zahlung um 400 Thlr. —‑ —‑ gemindert haben, für ausreichend geachtet werden müßte, indem das Vorhandensein anderer und mehrerer Schulden nicht präsumirt werden könnte, sondern von dem Beklagten dargethan werden müßte;

So ist Beklagter Klägerm die geforderten 663 Thlr. 10 Ngr. —‑ sammt Zinsen des Verzugs, vom 15. October 1845 an gerechnet, nicht minder in die durch diesen Proceß verursachten Unkosten zu erstatten schuldig; er könnte und wollte denn seine vorgebrachte Ausflucht, daß L. bereits zu Ostern 1845 zahlungsunfähig gewesen sei, in sächsischer Frist, Klägerm der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht erweisen.“

Bei der wider dieses Urthel eingewendeten Appellation hob der Kläger aus, daß die Zahlungsfähigkeit des L. in der Klage hinreichend nachgewiesen und demnach der Beweis des Gegentheils überflüssig sei; dagegen bezweifelte Beklagter in seiner Appella‑

tion, daß ihn die Beweislaſt der Inſufficienz des L.'ſchen Vermögens treffen könne.

Das Appellationsgericht zu Leipzig erkannte hierauf in einem am 5. Auguſt 1853 publicirten Erkenntniſſe:

„Daß es bei dem am 30. Auguſt 1852 publicirten Urthel, inſoweit darin die Entſcheidung der Sache in Anſehung des Beklagten, ſowie der Koſten halber lediglich von Führung des dem Beklagten nachgelaſſenen Beweiſes abhängig gemacht worden, auf des Beklagten Beſchwerde nicht zu laſſen, ſondern es hat bei demjenigen, was in den dortgedachten Beziehungen in Anſehung des Beklagten erkannt worden, nur unter der Vorausſetzung ſein Bewenden, daß Kläger den ihm referirten Eid über die Klage zu dem 3.—5. Einl.-Abſchn. dahin,

daß er die in dem in der Klage sub I. beiliegenden Contracte übernommenen Arbeiten noch im Laufe des Jahres 1844 an den Beklagten accordmäßig geliefert habe,

ſchwört, und iſt die Friſt zu Einreichung des dem Beklagten nachgelaſſenen Beweiſes ſolchenfalls erſt von dem Tage der Leiſtung ſothanen Eides an zu berechnen, dagegen iſt im Uebrigen ſothanes Urthel der eingewendeten Appellationen ungeachtet zu beſtätigen, es werden jedoch die Koſten der Appellationsinſtanz zwiſchen den Parteien aufgehoben.

Entſcheidungsgründe.

Die Parteien ſind einverſtanden,

a) daß die Zahlbarkeit der dem Kläger an den Beklagten zuſtändigen Accordforderung für die von Erſterem zu dem L.'ſchen Hausbau gelieferten Zimmerarbeiten, laut der zwiſchen Klägerm und Beklagtem getroffenen Verabredung, nicht eher habe eintreten ſollen, bis Beklagter, welcher von L. den geſammten Bau gegen eine Accordſumme von 2667 Thlrn. 28 Ngr. 8 Pf. übernommen gehabt, von dieſem wegen ſeiner ganzen Anforderung Befriedigung erhalten,

ingleichen,

b) daß von L. und beziehentlich deſſen Erben bis jetzt ein Mehreres nicht, als die Summe von etwas über 900 Thaler auf Beklagtens Forderung bezahlt worden ſei.

Die dem Klaganſpruche ſonach liquid entgegenſtehende Exception des Nichteintrittes der ad a. gedachten Bedingung hat Kläger durch die ſeiner Klage inſerirte Replik zu beſeitigen geſucht, daß Beklagter wegen der ihm an L. zuſtehenden Forderung dieſem ohne ſeine, Klägers, Zuſtimmung Geſtundung ertheilt, und ſomit ſich ſelbſt des Rechtes begeben habe, von dem oben geſtellten Vorbehalte dem Kläger gegenüber Gebrauch zu machen.

Die in dieſer Beziehung der früheren Klage nach den Rationen der Bl. — flg. und Bl. — der Voracten erſichtlichen Entſcheidungen zweiter und dritter Inſtanz entgegenſtehenden Bedenken können gegenwärtig als beſeitigt gelten, indem das frühere allgemeine Anführen, Beklagter habe wegen des fraglichen Accordsquanti dem L. auf unbeſtimmte Zeit Geſtundung ertheilt, in der jetzigen Klage dahin ſpecialiſirt worden iſt,

daß Beklagter, obwohl die ganze Accordſumme bei Vollendung des Baues, und ſpäteſtens zu Oſtern 1845 mahn- und zahlbar geweſen, dennoch mit einer Abſchlagszahlung ſich begnügt, und wegen des Reſtes am 10. April 1845 zunächſt auf unbeſtimmte Zeit Geſtundung ertheilt, ſpäter aber am 30. Januar 1846 die der Klage beiliegende Schuldverſchreibung von L. ſich habe ausſtellen laſſen, worin Letzterer verſprochen, Beklagtem das laut einer am 10. April 1845 ſtattgefundenen Berechnung vergleichsweiſe auf 2407 Thlr. 25 Ngr. 4 Pf. feſtgeſetzte Accordquantum, nach Abzug einer ſofort geleiſteten Baarzahlung von 7 Thlrn. 25 Ngr. 4 Pf., mit 2400 Thlrn. —,— ſpäteſtens den 1. Februar 1847 zu berichtigen, bis dahin aber mit vier vom Hundert zu verzinſen.

Beklagter hat auch die Ausſtellung und Annahme dieſer Schuldverſchreibung zugeſtanden, und es kommt hiernach darauf, daß er den übrigen Theil des obigen Anführens in das Leugnen und beziehentlich in das Nichtwiſſen geſtellt, etwas nicht weiter an.

Denn daß zu der Zeit der Ausſtellung der gedachten Schuldverſchreibung, und ſogar ſchon vorher die Forderung des Beklagten an L. fällig und klagbar geweſen, ergiebt ſich aus des Beklagten eigener Sachdarſtellung, der zufolge Beklagter erſt, nachdem ſeine wiederholten Aufforderungen zur Zahlung an L. erfolglos geblieben, die gedachte Schuldverſchreibung von demſelben verlangt habe.

Das Gleiche erhellt auch aus letzterer ſelbſt, inſofern darin der am 10. April 1845 ſtattgehabten Berechnung Erwähnung geſchehen, ſomit aber im Zweifel angenommen werden muß, daß bis zu dieſem Tage der vom Beklagten übernommene Bau vollendet geweſen, und die Fälligkeit der Accordſumme von da an eingetreten ſei. Wenn gleichwohl Beklagter Inhalts jener Verſchreibung die Hinausſchiebung des Zahlungstermins auf eine ſpätere Zeit ſich gefallen laſſen, ſo liegt hierin unſtreitig eine remissio ad tempus, vermöge deren ſich Beklagter ſelbſt außer Stand ſetzte, vor Ablauf der bewilligten Friſt ſeine Forderung an L. geltend zu machen.

Etwas weiteres, als dieſes, hatte aber auch der Kläger in der hier fraglichen Beziehung zunächſt nicht darzuthun, und insbeſondere läßt ſich ihm nicht, wie Beklagter fortdauernd meint, mit Grund der Beweis anſinnen, daß L. zu der Zeit der Geſtundungsertheilung noch ſolvent und bei größerer Diligenz Seiten Beklagtens Zahlung von ihm zu erlangen geweſen wäre. Denn die Zahlungsunfähigkeit Jemandes kann als ein factiſcher Zuſtand nicht vermuthet werden; juriſtiſch betrachtet aber wurde die ſofortige Realiſirbarkeit der Accordforderung Beklagtens erſt durch die Eingehung jenes Geſtundungsvertrages aufgehoben, und in Letzterem mußte daher auch bis zu einem Nachweiſe des Gegentheils der nächſte und ausſchließliche Grund dafür geſucht werden, daß der Eintritt der Vorausſetzung, von welcher die Zahlbarkeit der klägeriſchen Forderung abhing, wenigſtens zeitweilig unmöglich wurde. Inſofern nun dieſer Grund in einer eigenen Handlung des Beklagten lag, ſo wird gegen ihn allerdings die geſetzliche Vorſchrift

l. 24. D. de cond. et demonstr. (35, 1.)

wirkſam:

„jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem impleri, fiat, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset,“

und er würde hiernach nicht weiter berechtigt ſein, auf jenen zu ſeinen Gunſten gemachten Vorbehalt ſich zu berufen.

Hieraus folgt aber noch nicht, daß die Frage, ob L. bei Abſchließung des Moratorii zahlungsfähig geweſen ſei, oder nicht, überhaupt ohne Einfluß auf die Entſcheidung der Sache ſei, vielmehr haben die bisherigen Bemerkungen nur den Zweck, die Beweislaſt zu beſtimmen, und nachzuweiſen, daß und warum dieſelbe nicht den Kläger, ſondern den Beklagten treffen müſſe.

Letzterer glaubt zwar, für ſeine entgegengeſetzte Meinung in den Entſcheidungsgründen zu den Erkenntniſſen des Vorproceſſes eine Unterſtützung zu finden, und inſofern Rechtskraft für ſich zu haben; aber mit Unrecht.

Wenn ſich nämlich zunächſt in den Rationen des zweitinſtanzlichen Urtheils der Voracten der Satz ausgeſprochen findet, daß in der Geſtundung ein Abgehen von dem gemachten Vorbehalte nur bei vorhandener Zahlungsfähigkeit L.'s liege, die daneben aufgeworfene Frage aber, ob die in der Klage fehlende Bezugnahme hierauf dieſelbe als unſchlüſſig darzuſtellen geeignet geweſen ſein würde, mit Rückſicht auf die bereits zuvor entwickelten Abweiſungsgründe, ausdrücklich auf ſich beruhen gelaſſen wird, ſo iſt zwar die materiell rechtliche Bedeutung jenes Umſtandes unzweifelhaft anerkannt, keineswegs aber auch bereits die proceſſualiſche Frage feſtgeſtellt, ob derſelbe als Theil der Klagbegründung anzuſehen, oder ob das gegentheilige Anführen als Exceptio zu behandeln, und ſomit auch eintretenden Falles von dem Beklagten zu beweiſen ſei.

Eben ſo laſſen die Rationen der dritten Inſtanz dieſelbe unentſchieden, indem ſie als zweifelhaft bezeichnen, ob im Mangel einer auf die Zahlungsfähigkeit L.'s gerichteten Behauptung die Klage, falls man ſie ſonſt als ſchlüſſig hätte betrachten können, zurückzuweiſen geweſen wäre. Unter dieſen Umſtänden hat Man es lediglich bei dem dem Beklagten hierunter nachgelaſſenen Exceptionalbeweiſe bewenden zu laſſen gehabt, und bemerkt hier nur noch, daß eine ausreichende ausflucht sweiſe Beziehung auf die zu der betreffenden Zeit vorhandene Inſolvenz L.'s ſchon in dem Verneinen der diesfalls in die Klage aufgenommenen entgegenſtehenden Behauptung gefunden werden mußte, die ſpecielle Darlegung derjenigen Umſtände aber, aus denen ein derartiger Schluß zu ziehen ſein möchte, füglich dem Beweisverfahren überlaſſen bleiben konnte.

Demnächſt hat Man zu den einzelnen Rechtsmitteln der Parteien noch folgendes Speciellere beizufügen:

1) An ſich würde Man unbedenklich geſtanden haben, dem Beklagten außer dem bisher beſprochenen Beweiſe auch noch den ſeiner in der Anmeldung vorgeſchützten zweiten Ausflucht nachzulaſſen, daß nämlich Kläger ſich mit der durch die Annahme der vorerwähnten Schuldverſchreibung dem L. ertheilten Geſtundung ausdrücklich einverſtanden erklärt habe. Da jedoch die vorige Inſtanz ſothane Ausflucht gänzlich mit Stillſchweigen übergangen hat, und von dem Beklagten ein Gravamen hierauf nicht gerichtet worden, auch in der Deductionsſchrift nirgends eine Andeutung enthalten iſt, welche darauf ſchließen ließe, daß er wenigſtens eventuell eine derartige Erweiterung der Beweisauflage verlange, ſo hat man dieſen Punkt gleichfalls gänzlich auf ſich beruhen zu laſſen gehabt.

(Schluß folgt in der nächſten Nummer.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 65 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 50.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

Wenn die Bedingung, von welcher die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten abhängig gemacht worden, nicht eingetreten ist, so kann Kläger nur dann auf Erfüllung dieser Zahlungsverbindlichkeit klagen, wenn er sich darauf zu beziehen vermag, daß die Bedingung erfüllt worden wäre, wenn Beklagter den Eintritt derselben nicht verhindert hätte.

Mitgetheilt von
Herrn Dr. **B.** in L.

(Schluß des S. 392. abgebrochenen Rechtsfalles.)

2) Dem Beklagten ist darin beizupflichten, daß er die in dem Vorprocesse abgelegten Zugeständnisse nicht ohne Weiteres gegen sich gelten zu lassen brauche. Denn so wenig nach der von der gegenwärtigen Instanz wiederholt ausgesprochenen Ansicht der Kläger, welcher mit einer früheren Klage rechtskräftig in der angebrachten Maaße abgewiesen worden, bei Erhebung der neuen Klage an die in der früheren enthaltene Sachdarstellung in der Regel gebunden sein wird, eben so wenig ist auch der Beklagte, dessen Einlassung auf die frühere unschlüssige Klage überhaupt nur als eine eventuelle erscheint, behindert, von den bei dieser Gelegenheit abgelegten Zugeständnissen in dem anderweiten Processe wiederum abzugehen. Da sich indessen, wie vorstehend bemerkt, die negata des Beklagten durch seine sonstigen Zugeständnisse in der Hauptsache erledigen, so konnte die Beantwortung obiger Frage nur noch in Ansehung der bei dem 3.—5. Einl.-Abschn. in das Leugnen gestellten Contractserfüllung Klägers von Wichtigkeit werden, und es machte sich daher auch nur insoweit die Zuerkennung des dem Kläger zurückgegebenen Eides über die Klage noch nothwendig, was für den Beklagten zugleich den Erfolg haben mußte, daß für ihn die Frist zur Einreichung des ihm nachgelassenen Beweises erst von dem Tage der Ableistung dieses relati zu laufen anfangen konnte.

Soviel endlich

3) die Appellation Klägers anlangt, so gereicht die Annahme, daß die Beziehung auf L.'s Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Gestundungsertheilung nicht zu der Klagbegründung gehöre, lediglich zu seinem Vortheile, da man entgegengesetzten Falles allerdings von Neuem zu der Abweisung der Klage gelangt sein würde, und zwar aus dem von dem Beklagten wiederholt hervorgehobenen Grunde, daß die in der Klagschrift angeführten Momente, selbst deren Wahrheit vorausgesetzt, nicht ohne Weiteres den Schluß gestatten, L. habe sich bei Ausstellung der mehrerwähnten Schuldverschreibung wirklich in dem Besitze der erforderlichen Mittel zu Befriedigung des Klägers befunden; die offenbar nur als Folgerung sich darstellende Behauptung aber, daß solches der Fall gewesen, für den Beweis durch den Eidesantrag offenbar völlig ungeeignet ist. Anderer Seits konnte aber der Umstand, daß Kläger selbst auf diesen Eid erkannt wissen will, nicht dazu führen, die diesem Unverlangen zu Grunde liegende, dem Vorbemerkten nach unrichtige Rechtsansicht in Betreff der an die Klagbegründung zu stellenden Anforderung als gegen ihn feststehend aufzunehmen, und eine seiner Intention offenbar gänzlich zuwiderlaufende, ihm nachtheilige reformatoria auf selbige zu bauen."

Gegen dieses Erkenntniß wendete Beklagter abermals Appellation ein, und es erkannte hierauf am 20. März 1854 das Königl. Oberappellations-

gericht unter Compensation der Kosten der gegenwärtigen Instanz für Recht:

„Daß es weder bei nurgedachtem Urthel, noch bei der Entscheidung der ersten Instanz zu lassen, sondern es hat des Klägers Suchen, inmaaßen es angebracht, nicht Statt, es werden auch die in der ersten Instanz entstandenen Kosten zwischen den Parteien aufgehoben.

Entscheidungsgründe.

Nach dem gegenseitigen Einverständnisse der Parteien beruht für den vorliegenden Fall so viel in Gewißheit, daß der Kläger von dem Beklagten Zahlung für die zum L.'schen Hausbaue gelieferten Zimmerarbeiten nicht eher habe verlangen sollen, bis L. das Accordsquantum für den gesammten Bau an Beklagten gezahlt haben würde, daß jedoch L. auf dieses Accordsquantum im Betrage von 2667 Thlrn. 28 Ngr. 8 Pf. zur Zeit ein Mehreres nicht, als 900 Thaler bezahlt habe.

Der Fall, für welchen der Beklagte zu zahlen versprochen, ist hiernach offenbar nicht eingetreten, und es kann daher bei Prüfung der Klage sich nur um Beantwortung der Frage handeln, ob der Kläger sich auf Momente zu beziehen vermocht habe, aus welchen, wenn sie erwiesen werden könnten, folgen würde, daß die Bedingung, an welche die Zahlungsverbindlichkeit Beklagtens geknüpft gewesen, ungeachtet sie in der Wirklichkeit nicht eingetreten, doch in dem Verhältnisse des Klägers zu dem Beklagten als eingetreten anzusehen sei.

In dieser Beziehung hat der Kläger, wie im Vorprocesse, so auch gegenwärtig, im Wesentlichen behauptet, daß der Beklagte wegen der ihm an L. zustehenden Forderung, diesem ohne seine, Klägers, Zustimmung Gestundung ertheilt und somit sich des Rechtes begeben habe, von dem oben gemachten Vorbehalte gegenüber dem Kläger Gebrauch zu machen. Soviel nun aber diesen Theil der Klage anlangt, so kann man von der Frage, ob, wie die beiden vorigen Instanzen angenommen haben, der Kläger in der gegenwärtigen Klage mit der für den darüber gebrauchten Eidesantrag erforderlichen Bestimmtheit auf eine von dem Beklagten dem L. gegebene Gestundung sich zu beziehen vermocht habe, und ob dies von dem Beklagten zugestanden worden sei, absehen, weil dieses Anführen zu Begründung der Klage nicht hinreicht, sondern hierzu auch noch die weitere Behauptung gehört hätte, daß der Beklagte von L. Zahlung erhalten haben würde, wenn er diesem nicht Gestundung gegeben hätte, diese Behauptung aber wenigstens mit der für den dabei gebrauchten Eidesantrag erforderlichen Bestimmtheit in der Klage nicht aufgestellt worden ist.

Angehend nämlich die Frage, ob zu Begründung der Klage außer der Behauptung, daß Beklagter dem L. Gestundung gegeben habe, auch noch die Behauptung, daß L. ohne diese Gestundung gezahlt haben würde, erforderlich sei, so ist solche aus folgenden Gründen unzweifelhaft zu bejahen.

Zufolge der zwischen dem Kläger und dem Beklagten getroffenen, oben erwähnten Vereinigung hat der Letztere sich rücksichtlich des L.'schen Baukostenquanti nicht etwa zu irgend einer Leistung verpflichtet, sondern es hat, wie dies auch namentlich in dem Vorprocesse rechtskräftig entschieden worden ist, die Zahlung Seiten L.'s die Bedingung für die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten gegenüber dem Kläger enthalten. Dieses Verhältniß der Zahlung Seiten L.'s zu der Obligation des Beklagten gegenüber dem Kläger ist für die Beurtheilung des vorliegenden Falles von entscheidendem Einflusse.

Handelte es sich nämlich um einen Erfolg, für den der Beklagte zu stehen sich anheischig gemacht hätte, so würde der bloße Nichteintritt des Erfolges keinen Einfluß auf die Verpflichtung haben, sondern es müßte, um die Klage abzuwenden, auch noch außerdem bewiesen werden, daß der Erfolg ohne Beklagtens Verschulden nicht eingetreten wäre. Denn der Schuldner, welcher zu einer Leistung sich verbindlich gemacht hat, ist nicht blos verbunden, der Vornahme der Leistung absichtlich keine Hindernisse in den Weg zu legen, sondern er muß auch alle Vorsicht und Sorgfalt anwenden, damit nicht durch außer seinem Willen liegende Ereignisse die Erfüllung gehindert und unmöglich gemacht werde. Derselbe hat daher nicht nur für dolus, sondern auch für culpa einzustehen. Das Erstere folgt mit Nothwendigkeit aus dem Begriffe der Verpflichtung an sich. Das Zweite ergiebt sich aus dem Bedürfniß des Verkehres, welchen zu vermitteln die Obligationen bestimmt sind. Dieses Bedürfniß erfordert, daß der Gläubiger auf die Erfüllung der Obligationen mit Sicherheit rechnen könne. Soll aber dieses der Fall sein, so genügt es nicht, daß dem Schuldner nur die Verpflichtung auferlegt werde, der Erfüllung absichtlich keine Hindernisse in den Weg zu legen; er muß vielmehr auch zu einem positiven Handeln, oder zur Anwendung einer Diligenz, deren Grad nach der Natur der Obligationen ein verschiedener sein kann, verpflichtet werden.

Ganz anders verhält es sich aber, da die Zahlung des gesammten Baukostenquanti Seiten L.'s blos die Bedingung enthält, unter welcher die Zahlungsverbindlichkeit Beklagtens gegenüber dem Kläger zur Wirksamkeit hat gelangen sollen. Von einer Verpflichtung Beklagtens, den Eintritt der Bedin-

gung durch eigne Thätigkeit herbeizuführen, konnte in diesem Falle keine Rede sein. Denn wurde die Bedingung nicht erfüllt, so gelangte die davon abhängig gemachte Zahlungsverbindlichkeit nicht zur Entstehung, ohne daß weiter zu untersuchen gewesen wäre, ob Beklagter seinerseits für den Eintritt der Bedingung etwas hätte thun können. Die Verbindlichkeit Beklagtens in Betreff des in der Bedingung enthaltenen Ereignisses war vielmehr eine blos negative, darin bestehend, daß er den Eintritt des gedachten Ereignisses nicht absichtlich hinderte. Handelte Beklagter gegen diese Verbindlichkeit, so haftete er für das Interesse, welches der Kläger an der Erfüllung der Bedingung hatte, und dieses Interesse war identisch mit dem Interesse, welches der Kläger an der Erfüllung der von Beklagtem übernommenen Zahlungsverbindlichkeit hatte, da er durch das Zustandekommen derselben, für dessen Verhinderung er zu entschädigen wäre, ein Recht auf die Erfüllung erworben hatte, wie es denn auch ein bekannter Grundsatz ist, daß die Bedingung für erfüllt angesehen wird, wenn entweder derjenige, welchem die Nichterfüllung zum Vortheile gereicht, die Erfüllung absichtlich hindert,

l. 161. D. de reg jur.

oder derjenige, dem die Erfüllung zum Vortheile gereicht hätte, dieselbe nicht annimmt oder zuläßt.

l. 24. D. de cond. et demonst.

l. 23. D. de cond. inst.

Aus dem vorstehend Gesagten ergiebt sich, daß der Kläger, da die Bedingung, von welcher die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten abhängig gemacht worden, in der Wirklichkeit nicht in Erfüllung gegangen ist, lediglich dann zu Anstellung der Klage berechtigt gewesen wäre, wenn er sich darauf zu beziehen vermocht hätte, daß der Beklagte an der Nichterfüllung der Bedingung Schuld gewesen sei, daß also die Bedingung erfüllt worden wäre, wenn Beklagter solche nicht gehindert hätte. Dies folgt nun aber aus der von dem Kläger angeführten Thatsache, daß der Beklagte dem L. wegen Bezahlung des Baukostenquanti wiederholt Gestundung gegeben habe, keineswegs so unbedingt, indem es ein unbestrittener Erfahrungssatz ist, daß von dem Gläubiger bei unzweifelhafter Solvenz des Schuldners nur in den seltensten Fällen Gestundung ertheilt wird, dies vielmehr in der Regel nur dann zu geschehen pflegt, wenn entweder nach den Vermögensverhältnissen des Schuldners auch ohnedem keine Zahlung zu erwarten ist, oder von dem Schuldner dagegen durch Vorschläge wegen Abkürzung des gerichtlichen Verfahrens, oder Sicherstellung der gestundeten Forderung Vortheile geboten werden. Es würde daher der in der Klage behaupteten Gestundungsertheilung Seiten des Beklagten lediglich dann ein rechtliches Gewicht beizulegen sein, wenn sie ertheilt worden wäre, ungeachtet L. in solventem Zustande sich befunden hätte und Zahlung von ihm auch ohne Gestundung zu erwarten gewesen wäre. Denn nur unter dieser Voraussetzung konnte von einer Verschuldung Beklagtens, durch welche die Zahlung Seiten L.'s verhindert worden wäre, die Rede sein.

Mit dieser Ansicht stimmen auch die in dem Vorprocesse von der zweiten und dritten Instanz gegebenen Entscheidungsgründe überein. Die zweite Instanz sprach sich nämlich in den Voracten dahin aus, es folge aus den in der damaligen Klage angegebenen Thatsachen nicht, daß Beklagter dem L. und dessen Tochter ohne alle äußere Nothwendigkeit Gestundung ertheilt habe, und es würde eine Gestundung Seiten des Beklagten als ein Abgehen von dem mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrage nur dann anzunehmen sein, wenn die Gestundung zu einer Zeit und unter Verhältnissen ertheilt worden wäre, wo L. wirklich zahlungsfähig gewesen, mithin dem Schuldner, obwohl er Zahlung leisten können, Nachsicht ertheilt worden wäre. Und in dritter Instanz trat man dem allenthalben bei.

Der Einwand, daß der Gläubiger, wenn er dem Schuldner Gestundung gebe, wenigstens im Betreff der Zahlungszeit in eine Aenderung der Obligation willige, erledigt sich durch die Erwägung, daß hierauf in dem vorliegenden Falle etwas nicht ankommen kann, indem Beklagter nach dem oben Gesagten nicht durch jede Verfügung über die L.'sche Schuld gegenüber dem Kläger zur Zahlung verpflichtet werden konnte, dies vielmehr nur dann der Fall gewesen wäre, wenn dadurch die Zahlung Seiten L.'s gehindert worden wäre.

Eine, wenn auch etwas entfernt liegende, Analogie für die vorstehend vertheidigte Ansicht ergiebt sich übrigens aus der in der Const. 19. P. II. enthaltenen Vorschrift, daß ein Bürge durch bloße Gestundung der Hauptschuld, wenn auch der Gläubiger sie dem Schuldner ohne des Bürgen Wissen und Willen verwilligt hat, in der Regel von seiner Verbindlichkeit nicht frei wird, ausgenommen, wenn die Dauer des Hauptcontractes selbst auf eine gewisse Zeit beschränkt ist, oder der Bürge sich ausdrücklich bedungen hat, nach Ablauf der festgesetzten Zahlungszeit nicht länger haften zu wollen.

Gehört nun aber, wie aus dem Vorstehenden sich ergiebt, zu Begründung der angestellten Klage das Anführen, daß L. gezahlt haben würde, wenn

ihm von dem Beklagten nicht Gestundung ertheilt worden wäre, so läßt sich auch der von der vorigen Instanz aufgestellten Ansicht, daß dessen ungeachtet über den Umfang der dem Kläger obliegenden Beweislast dadurch etwas nicht entschieden werde, nicht beitreten. Denn aus dem Grundsatze, daß der Kläger alle Thatsachen zu beweisen habe, von deren Vorhandensein das von ihm in Anspruch genommene Recht abhängt, folgt, daß der Kläger nicht blos die Seiten des Beklagten ertheilte Gestundung, sondern auch die Zahlungsfähigkeit L.'s zu beweisen habe.

Es läßt sich aber auch weiter die Zahlungsfähigkeit L.'s zur Zeit der ihm von dem Beklagten gegebenen Gestundung nicht präsumiren, weil dem die Thatsache, daß L. sich Gestundung hat ertheilen lassen, entgegensteht, auch die Zahlungsfähigkeit einer Person das Ergebniß verschiedener, in gegenseitiger Beziehung zu einander stehender factischer Umstände enthält. Man könnte vielleicht nicht ohne Grund die Frage aufwerfen, ob der Kläger sich nicht darauf zu beziehen gehabt hatte, daß der Beklagte bei der Gestundungsertheilung um die Zahlungsfähigkeit L.'s gewußt habe. Will man aber auch hierauf entscheidendes Gewicht nicht legen, so ist doch jedenfalls zu berücksichtigen, daß Beklagter von der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer dem L. zu ertheilenden Gestundung unzweifelhaft überzeugt gewesen sein muß, indem er neben dem für den Kläger bestimmten Quantum selbst noch eine bedeutende Summe von L. zu fordern gehabt hat, welche er präsumtiv nicht ohne Noth auf das Spiel gestellt haben wird.

Es kommt hiernach auf Beantwortung der Frage an, ob der Kläger die Behauptung, daß L. zur Zeit der ihm von Beklagtem gegebenen Gestundung zahlungsfähig gewesen sei, mit der für den dabei gebrauchten Eidesantrag erforderlichen Bestimmtheit aufgestellt hat, und diese Frage hat man in Uebereinstimmung mit der bereits von der vorigen Instanz entwickelten Ansicht aus nachstehenden Gründen verneint. Der hierher gehörige Theil der Klage enthält im Wesentlichen folgende Behauptungen:

„L. habe während und nach Vollendung des Baues bis zum 30. Januar 1846 das ꝛc. gelegene Hausgrundstück eigenthümlich besessen,

auf diesem Hause hätten zu jener Zeit, und namentlich zu Ostern 1845 (wo der Beklagte die Gestundung gegeben), mehr nicht als 8355 Thlr. 16 Ngr. 7 Pf. Consense gehaftet, und es sei diese Consensschuld von L. auch noch überdem durch eine am 21. Juni 1845 geleistete Abschlagszahlung von 400 Thalern bis auf 7955 Thlr. 16 Ngr. 7 Pf. vermindert worden.

L. habe am 30. Januar 1846 dieses Grundstück an die verehelichte H. für 13,000 Thaler verkauft und von dieser Kaufsumme, nach Abzug der hypothekarischen Schulden, außer den ihm von Beklagtem creditirten 2400 Thalern, welche die Käuferin in partem pretii non soluti mit übernommen, die Summe von 2644 Thlrn. 13 Ngr. 3 Pf. übrig behalten."

Aus diesen Thatsachen ist auf die Zahlungsfähigkeit L.'s zu der angegebenen Zeit keineswegs mit Sicherheit zu schließen. Das ganze Anführen des Klägers leidet an dem Fehler, daß blos ein einzelnes Vermögensobject erwähnt wird, während es doch auf den zahlungsfähigen Zustand L.'s ankommt, über den ohne eine Zusammenstellung der gesammten Passiven und Activen sich nicht urtheilen läßt.

Nun könnte man zwar in dem angegebenen Anführen den Gedanken finden, daß L. außer dem Hause nichts weiter besessen habe. Hingegen würde jedoch zu berücksichtigen sein, daß dies wenigstens nicht ausdrücklich gesagt worden ist, der Eidesantrag aber, dessen sich der Kläger über seine Klage bedient hat, zu seiner Zulässigkeit ein in jeder Beziehung bestimmtes und unzweideutiges factisches Anführen voraussetzt. Es kommt jedoch weiter hinzu, daß, soviel die Zeit vor dem Verkaufe des Hauses an die H. anlangt, der Kläger nicht angeführt hat, wie die Hypothekenschulden L.'s zu dem Werthe des Hauses desselben sich verhalten haben, und soviel die Zeit nach dem Verkaufe des Hauses betrifft, die Höhe des Kaufpreises für dieses Haus nicht maaßgebend sein kann, weil es an dem Beweise der Zahlungsfähigkeit der Käuferin fehlt, auch der Beklagte bei jenem Verkaufe des Hauses insofern vigilant gewesen ist, als er sich vor dem dem L. zugehörigen Kaufgelderüberschusse eine Hypothek wegen seiner Forderung hat bestellen lassen.

Zufolge der von dem Beklagten zugestandenen Vertragsbestimmung hatte der Beklagte sich noch verbindlich gemacht, das dem Kläger versprochene Accordsquantum von einem jeden der vorher angegebenen drei Termine an mit vier Procent zu verzinsen, ohne wegen dieser Zinsen sich den Vorbehalt zu machen, welchen er sich wegen der Zahlung des Accordsquanti gemacht hatte, und es hätte nun die Frage entstehen können, ob der Kläger nicht wenigstens auf Erfüllung dieses Zinsversprechens zu klagen berechtigt wäre. Man hat jedoch, auch abgesehen davon, ob dem Kläger nicht in dieser Hinsicht schon die Rechtskraft des Vorprocesses entgegenstehe, von Beantwortung der gedachten Frage gänzlich absehen können, weil das Klaggesuch auf dergleichen Zinsen

gar nicht gerichtet ist, auch die Parteien auf diesen Gegenstand gar nicht gekommen sind.

Aus diesen Gründen war die erhobene Klage in der angebrachten Maaße abzuweisen. Hierdurch ergab sich zugleich die Nothwendigkeit, das von den beiden vorigen Instanzen ausgesetzte Erkenntniß über die Kosten der ersten Instanz nachzutragen, und man hat in dieser Beziehung, namentlich mit Hinsicht auf die sich ergebenden Zweifel, die unbedingte Kostencompensation auszusprechen für angemessen gehalten."

Das Königl. Oberappellationsgericht bestätigte, trotz der nochmaligen Appellation von Seiten des Klägers, unter Compensation der Kosten des eingewandten Rechtsmittels gedachtes Urthel allenthalben, und fügte den Entscheidungsgründen noch Folgendes hinzu:

„Wenn Derjenige, zu dessen Vortheil es gereicht, daß eine Bedingung nicht erfüllt werde, die Erfüllung derselben verhindert, so leidet es keinen Zweifel, daß dieselbe für erfüllt anzusehen ist, wenn er absichtlich so gehandelt hat. Es könnte aber die Frage entstehen, ob nicht nach der Rechtsregel: culpa lata aequiparatur dolo, dieselbe Wirkung anzunehmen sei, wenn derselbe durch eine grobe Vernachlässigung, also culpa lata, es verschuldet hätte, daß der vorausgesetzte Erfolg nicht eintrat. Allein auch diese Frage erscheint im vorliegenden Falle ganz müßig, da Kläger nicht blos eine solche grobe Verschuldung des Beklagten nicht behauptet hat, sondern auch das Gegentheil davon aus den Acten hervorgeht. Denn wie schon bemerkt ist, hatte der Beklagte außer dem Accordsquantum für die Zimmerarbeiten Klägers noch eine größere Summe für seine eigne Rechnung von L. zu fordern.

Wenn er also dieselben Schritte, welche er that, um das erstere von L. zu erlangen, für ausreichend achtete, um auch sich selbst vor Verlust zu bewahren, so hat er damit zum Vortheile Klägers dieselbe Sorgfalt angewendet, welche er in seiner eigenen Angelegenheit gebrauchte (diligentiam quam suis rebus adhibuit), und es kann ihm auch in dieser Hinsicht ein Vorwurf nicht gemacht werden.

Ferner ist schon in voriger Instanz, sowie in dem Vorprocesse, darauf hingewiesen worden, daß wohl zu unterscheiden ist zwischen einer willkürlichen Gestundung und einer durch die Umstände gebotenen. Die letztere ist nicht blos dann vorhanden, wenn der Schuldner gänzlich zahlungsunfähig ist, so daß sein Activvermögen von den Schulden überstiegen wird, sondern sie kann auch schon dann eintreten, wenn es dem Schuldner nur augenblicklich an Zahlungsmitteln gebricht. Das Anführen der Klage ist gar nicht so beschaffen, die letztere Möglichkeit auszuschließen. Vielmehr giebt Kläger selbst neuerlich zu, daß aus einem Nachsuchen um Gestundung sich auf momentanen Mangel an baarem Vermögen schließen lasse, wie denn die Erfahrung lehre, daß oft vollkommen zahlungsfähige Leute sich Gestundung gewähren lassen. Und hiermit hängt eine zweite Erfahrung genau zusammen, daß durch gerichtlichen Zwang, welcher zur ungeeigneten Zeit angewendet wird, einem sonst nicht ganz insolventen Schuldner noch die letzte Möglichkeit, seinen Gläubiger zu befriedigen, oft entzogen wird."

## 104.

**Eine geschiedene Ehefrau kann für Alimentation ihrer bei der Ehetrennung mitgenommenen Kinder von deren Vater ohne speciellen Grund keinen Ersatz verlangen *).**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. B. jun. in L.

Friederike Henriette verehel. E. gesch. P., welche einige Zeit nach der am 30. Januar 1826 erfolgten Geburt ihres dritten Kindes, unter Mitnahme dieses Kindes, ihren damaligen Ehemann, Carl Gottlob P., verlassen hatte und später von demselben förmlich geschieden worden war, erhob gegen diesen ihren geschiedenen Ehemann resp. nach geschehener Unterbrechung der Verjährung zu Anfange des Jahres 1851 vor den Gerichten zu Cr. eine Klage auf Erstattung der für das oberwähnte Kind seit dem 30. October 1826 bis zu dessen 14ten Lebensjahre von ihr aufgewendeten Ernährungskosten nach Höhe von 20 Thlrn. —ʼ —ʼ jährlich, resp. 40 Thlr. —ʼ —ʼ auf das 14te Jahr, im Gesammtbetrage von 285 Thlrn. —ʼ —ʼ auf Grund der dem Beklagten zur Alimentation seines Kindes obliegenden gesetzlichen Verpflichtung und stellte die Höhe ihrer Forderung auf richterliches Ermessen.

In allen Instanzen wurde diese Klage angebrachtermaaßen abgewiesen, auch Klägerin in die Proceßkosten der ersten und dritten Instanz verurtheilt, und nur die Kosten des Rechtsmittels zweiter Instanz wurden compensirt.

Für die vorliegende Rechtsfrage bemerkenswerth sind die Entscheidungsgründe zweiter und dritter Instanz.

*) Vergl. oben S. 52. nr. 10. S. 57. nr. 12.

Während nämlich der am 8. März 1852 publicirte Gerichtsbescheid auf einen vom Beklagten beiläufig gemachten Einwand hin die Klage blos deshalb für unstatthaft erachtete, weil nach den Gesetzen der Logik bestrittene Alimentationsverläge zu specificiren seien, keineswegs aber in dieser Beziehung ohne alle Quantificirung ein Bauschquantum verlangt und auf richterliches Ermessen gestellt werden könne, erklärte das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig in Seinem am 25. November 1852 publicirten Urthel mit Bezug auf Seine in ähnlichen Fällen schon mehrfach ausgesprochene Rechtsansicht (vergl. Wochenbl. für merkw. Rechtsf. VII. Jahrg. no. 71. S. 228.), „daß die erhobene Klage, ganz abgesehen von dem Bl. — wider deren Statthaftigkeit erhobenen, in voriger Entscheidung gebilligten Einwande, der erforderlichen Begründung ermangele, wenn man erwäge, daß

a) die Verbindlichkeit des Beklagten zu Alimentirung des in der Ehe mit der Klägerin erzeugten Kindes mit dem Rechte auf dessen Erziehung zusammenhängt, sonach die von der Klägerin besorgte Erziehung und Ernährung des Kindes an sich als ein Eingriff in die väterlichen Rechte des Beklagten erscheint, dafern nicht Klägerin darzuthun vermag, daß sie derselben mit dessen Zustimmung oder doch unter solchen Umständen, welche diese Zustimmung voraussetzen ließen, sich unterzogen habe, indem außerdem anzunehmen sein würde, daß sie solches aus eigener, freier Bewegung und aus einer in dem eigenen Interesse beruhenden Liberalität gethan habe, nun aber

b) Klägerin in dieser Beziehung Bl. — nur darauf, daß Beklagter die Erziehung des der mütterlichen Pflege annoch bedürfenden Kindes seit dem 30. October 1826 der Klägerin überlassen und diese von da ab allein die Kosten der Ernährung und Erziehung desselben bestritten habe, sich bezogen hat, dieses Anführen aber offenbar zu allgemein und unbestimmt ist, um die Verhältnisse, unter welchen Klägerin die Unterhaltung und Erziehung des Kindes übernommen, erkennen zu lassen, und insbesondere darüber Aufschluß zu geben, ob Beklagter hierbei seines diesfallsigen Rechtes, unbeschadet der entsprechenden Verbindlichkeit, sich begeben, oder nicht vielmehr das Gebahren der Klägerin mit dem Kinde nur unter der Voraussetzung zugelassen habe, daß dieselbe hierunter lediglich aus mütterlicher Affection und ohne die Absicht eines Anspruchs auf Erstattung der zu verwendenden Alimente handle, und nun

c) dieses Bedenken dem libellirten Anspruche zwar insoweit, als derselbe die Zeit bis zu erfülltem sechsten Lebensjahre des Kindes betrifft, um deswillen nicht entgegensteht, weil während dieser Zeit die Erziehung des Kindes der Regel nach und ohne das Hinzutreten besonderer Umstände der Mutter wider deren Willen nicht zu entziehen gewesen, gleichwohl auch in dieser Richtung die erhobene Klage für unschlüssig zu achten, in Betracht, daß der diesfallsige Anspruch der Klägerin ex negotiis gestis auf der rechtlichen Voraussetzung beruht, daß Klägerin die Unterhaltung des Kindes mit solchen Mitteln bestritten habe, deren Verwendung wirklich als eine Beförderung des Nutzens des Beklagten anzusehen, diese Voraussetzung aber in dem bezüglichen Anführen der Klage, Klägerin habe die fraglichen Kosten aus eigenen Mitteln verlagsweise bestritten, um deswillen keinen genügenden Anhalt findet, weil in Ermangelung aller thatsächlichen Unterlagen nicht zu übersehen ist, was unter den angeblich verwendeten eigenen Mitteln zu verstehen sei, und ob Klägerin Receptitienvermögen oder sonstige Gelder, welche weder dem ehemännlichen Nießbrauche unterlegen, noch zu dem sogenannten acquaestus conjugalis gehört haben, besessen und zu jenem Behufe verwendet habe, der Mangel dieses Nachweises aber in dem gegenwärtigen Falle um so erheblicher erscheint, als aus dem Klagvorbringen selbst erhellt, daß Klägerin die Erziehung des Kindes im Verlaufe der blos factischen Trennung der Parteien und vor der erst später erfolgten Scheidung des Ehebandes, mithin in einer Zeit, zu welcher die ehemännlichen Rechte des Beklagten noch keineswegs aufgehoben waren, übernommen und fortgestellt hat, auch die Behauptung des Beklagten, daß die Ehescheidung erst im Jahre 1832 rechtskräftig ausgesprochen worden sei, von der Klägerin nicht bestritten, jedenfalls wenigstens ein früherer Zeitpunkt, mit welchem die ehemännlichen Rechte des Beklagten erloschen, nirgends behauptet worden ist, nach dem Allen aber nicht einmal für den hier in Frage befangenen Zeitraum genügende Unterlagen zu wenigstens theilweiser Aufrechthaltung der Klage gegeben sind."

Das Königliche Oberappellationsgericht endlich sprach Sich zu Seinem am 6. April 1853 publicirten Urthel hierüber folgendermaaßen aus:

„Rücksichtlich der Abweisung der Klage ist zwar nicht den in erster Instanz, wohl aber den in zweiter Instanz angeführten Gründen beizutreten. Letztere hat hierbei unterschieden zwischen der Zeit vor erfülltem sechsten Lebensjahre des ehelichen Kindes, für welches Klägerin von Beklagtem, als dessen Vater, Erstattung der Ernährungskosten fordert,

und der Zeit nach diesem Abschnitte. Und allerdings findet hierunter der rechtliche Unterschied Statt, daß bis zum erfüllten sechsten Lebensjahre des Kindes die Mutter ein Recht hat, dasselbe bei sich zu erziehen. Gleichwohl kann Man das hieraus entstehende Bedenken nicht in der Maaße theilen, daß es zu dessen Widerlegung der oben unter c. angeführten besonderen Gründe bedürfte. Es kann dahin gestellt bleiben, ob, wenn eine Ehefrau von dem Manne getrennt lebt, welcher ihr für das bei ihr erzogene Kind keine Alimente reicht, die Vermuthung mehr dafür streite, daß sie dasselbe aus sonstigen Mitteln des Mannes, oder aus ihren eigenen Mitteln ernähre. Jedoch ist nicht zu präsumiren, daß sie Vermögen, an welchem dem Ehemanne der gesetzliche Nießbrauch zusteht, mit sich genommen habe. Und die Grundsätze von dem acquaestus conjugalis können auf getrennte Eheleute darum nicht mit Consequenz angewendet werden, weil die allein lebende Ehefrau zunächst soviel erwerben muß, als zu ihrem eigenen Lebensunterhalte gehört, ehe sie einen Ueberschuß dem Manne berechnen kann, und dieser auch nicht verlangen kann, daß sie sich ungewöhnliche Anstrengungen und Entbehrungen auferlege, um ihm seine Verpflichtungen abzunehmen. Es bedarf aber einer nähern Untersuchung dieser Verhältnisse darum nicht, weil schon die oben unter a. und b. bemerkten Gründe ausreichen, auch bei diesem Theile der Klage die Unstatthaftigkeit derselben zu zeigen.

Die Beurtheilung derselben hängt durchaus davon ab, unter welchen Umständen Klägerin ihren damaligen Ehemann verlassen, und das Kind mit sich fortgenommen hat. Hat sie dies eigenmächtig, ohne ausreichenden rechtlichen Grund und wider Willen des Beklagten gethan, so hat sie auch die Lasten allein übernommen, welche daraus für sie hervorgingen, und kann nicht nachträglich eine Anforderung an ihn daraus herleiten. Soviel aber die Zeit betrifft, wo, nach dem Anführen in der Klage, die Genehmigung des competenten Ehegerichts zu der Sonderung der beiden Ehegatten erlangt wurde, so hätte Klägerin bei diesem Ehegericht darauf antragen können, daß ihr Alimente für das Kind ausgesetzt würden. Hat sie dieses nicht gethan, so ist ihre Einwilligung vorauszusetzen, daß sie ohne Hinzuthun ihres Ehemannes für die Erziehung und den Unterhalt des Kindes sorgen wolle, besonders da sie dem fol. — Angeführten*) nicht ausdrücklich widersprochen hat. Ueber alles dieses giebt die Klage nicht den erforderlichen Aufschluß, und sie ist daher auch bei diesem Punkte für zu allgemein zu achten gewesen."

*) Beklagter hatte hier darauf Bezug genommen, daß Klägerin das in der Klage erwähnte Kind, ein Mädchen, lediglich aus freiem Willen mit sich genommen, übrigens auch ein älteres Kind derselben Ehe, einen Knaben, dem Beklagten zur alleinigen Erziehung zurückgelassen habe, und daher vermöge der bei den Eheleuten zu gemeinschaftlicher Tragung der ehelichen Lasten obliegenden Verpflichtung, welche auch nach getrennter Ehe in deren Folgen fortdauere, keine Anforderung machen könne.

Anm. des Einf.

## 105.

### Ueber Dismembration von Zubehörungen solcher Güter, welche nach Erlassung des Gesetzes vom 30. November 1843 consolidirt worden sind.

Mitgetheilt von

Herrn G. in D.

Unterm 5. November 1852 suchte der Gutsbesitzer Gottlieb Benjamin G. in W. bei der Königl. Kreisdirection zu Dresden darum nach, von seinem Anderthalbhufengute in W. etwas mehr, als das gesetzliche Drittheil abtrennen zu dürfen, ward aber unterm 7. December 1852 abfällig beschieden. Dagegen recurrirte er an das Königl. Ministerium des Innern und machte geltend, daß es einer eigentlichen Dispensation nicht bedürfe, da das Anderthalbhufengut ehedem aus drei getrennten halben Hufen bestanden habe, die erst nach und nach in den Händen seiner Vorbesitzer zusammengekommen, aber nie ausdrücklich consolidirt worden seien, wennschon bei Errichtung der Grund- und Hypothekenbücher alle drei halben Hufen als Anderthalbhufengut auf ein Folium eingetragen worden wären. Durch Urkunden und Zeugen bescheinigte er das Factische dieser Behauptungen, und beanspruchte unter Berufung auf Heyne, Commentar zum Hypothekengesetz, Bd. 1. S. 276 ff. und auf die Verordnung vom 13. September 1844 (Ges.- und Verordn.-Bl. S. 272 ff.) das Recht, jene drei halben Hufen als drei einzelne geschlossene Güter wiederum zu zertrennen, da er eine nach Erlassung des Gesetzes vom 30. November 1843 erfolgte Consolidation nur wieder rückgängig machen wolle.

Hierauf ertheilte das Königl. Ministerium des Innern folgende Verordnung vom 6. April 1853:

„Wenn Bl. — der Acten Recurrent auszuführen versucht hat, daß er zu der beabsichtigten Dismembration einer Dispensation nicht bedürfe, ist sein Recurs aus folgenden Gründen zu verwerfen gewesen und er damit abzuweisen. Zwar besitzt Recurrent in W. drei Grundstückscomplexe, welche in früherer Zeit als drei besondere Halbhufengüter bestanden haben. Zwei davon sind aber schon seit längerer Zeit in einer Hand verbunden besessen und von einer einzigen Hofrhede aus bewirthschaftet worden. Das dritte aber ist bereits laut Kaufsurkunde vom 30. April 1785 in den Besitz des damaligen Eigenthümers der beiden anderen halben Hufen, Johann George Fl.'s, gekommen, welcher, laut der dieser Kaufsurkunde angehängten gerichtlichen Bemerkung vom 10. Januar 1810 bereits am 1. März / 30. December 1789 davon das Haus nebst Gärtchen verkauft hat. Seitdem sind daher alle drei halben Hufen, nach vorheriger Abtrennung der Wirthschaftsgebäude der dritten, zusammen besessen und bewirthschaftet worden. Nach Bl. — der Acten sind sämmtliche dazu gehörige Grundstücke, welche Recurrent nach der gerichtlichen Kaufsurkunde vom 10. Januar 1810 als ein Einhufen- und ein Halbhufengut mit der zu der ganzen Hufe gehörigen Hofrhede erkauft hat, als ein einziger Compler und als Anderthalbhufengut in das im Jahre 1848 angelegte Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden, ohne daß dabei bemerkt worden wäre, daß und welche dazu gehörige Parcellen blos als mit dem geschlossenen Gute selbst besessene walzende Grundstücke anzusehen sein sollten. Es kann daher völlig dahin gestellt bleiben, wegen welcher Parcellen dies an sich zulässig gewesen sein würde, da Recurrent von dieser Vergünstigung des Gesetzes vom 30. November 1843, in Verbindung mit der Verordnung vom 13. September 1844 keinen Gebrauch gemacht hat, und daher, in Ermangelung jedes anderen Anhaltens, nach der ausdrücklichen Bestimmung in §. 6. des Gesetzes vom 30. November 1843 nur der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch für die Beurtheilung des Umfanges des geschlossenen Gutes übrig bleibt. Es gelten daher, wie auch von Seiten des Kreissteuerraths angenommen wird, sobald nicht bei der Eintragung besondere, wenn auch auf demselben Folium bemerkte Grundstücke, ausdrücklich als walzende bezeichnet worden sind (Heyne, Commentar, Bd. 2. S. 88.), alle auf demselben Folium des Grund- und Hypothekenbuchs ohne weitere Bemerkung eingetragene Parcellen als Bestandtheile des geschlossenen Complexes.

Sonach leidet auf Recurrentens nunmehriges Anderthalbhufengut die gesetzliche Bestimmung in §. 1. des Gesetzes vom 30. November 1843 Anwendung, daß bei einer beabsichtigten Abtrennung von demselben wenigstens Zweidrittel der darauf, die Gebäude ungerechnet, haftenden Steuereinheiten beim Stammgute verbleiben müssen. Würde Recurrent nun auch dabei keineswegs in der Wahl der davon abzutrennenden Parcellen mit Rücksicht auf die frühere Zusammengehörigkeit bei den vormaligen drei halben Hufen zu beschränken sein und daher auf den Umstand, welche der drei ursprünglichen halben Hufen die abzutrennenden Grundstücke bilden, gar Nichts ankommen,

vergl. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, 10. Bd. S. 96. und die daselbst abgedruckte Verordnung vom 28. Januar 1848.

so wird doch durch die jetzt beabsichtigte Dismembration die gesetzliche Grenze nach der Berechnung Bl. — immer noch um den der Gesammtzahl der Einheiten gegenüber allerdings nicht mehr bedeutenden Betrag von 16,57 Steuereinheiten überschritten.

Das Ministerium des Innern hat jedoch beschlossen, die deshalb nöthige Dispensation zu ertheilen, wiewohl lediglich unter der Bedingung, daß der Erwerber der 133,50 Steuereinheiten haltenden 16 Parcellen sich in der §. 1. der Verordnung vom 26. Februar 1853 (S. 32. des Ges.- und Verordn.-Bl.) bestimmten Weise verbindlich erklärt, diese sämmtlichen 16 Parcellen zu einem geschlossenen und von den nach Bl. — und — bereits hergestellten Gebäuden aus zu bewirthschaftenden Halbhufengute zusammenzuschlagen, rücksichtlich dessen aber für sich und seine Nachbesitzer auf alle und jede gesetzliche Dismembrationsfreiheit zu verzichten."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 51.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


### 106.

**Diejenige Partei, welche die durch unterlassene Erfüllung eines Vertrags verwirkte Conventionalstrafe einklagt, braucht nicht zu beweisen, daß der Gegner den Vertrag nicht erfüllt habe.**

Mitgetheilt von
Herrn **M.** in **X.**

Beim Königl. Kreisamte zu L. erhob Gottlob Theodor R. gegen Ernst Ferdinand G. am 17. August 1850 folgende Klage:

„Laut des in Abschrift unter I. beiliegenden Pachtvertrags, d. d. et conf. K., den 2. Februar 1838 verpachtete Herr Carl Adolph Graf von H. die Oekonomie des ihm eigenthümlich zugehörigen Ritterguts K. mit K. auf die Zeit von Johannis 1837 bis dahin 1843 unter den im Contracte angegebenen Bedingungen an Herrn Johann Gottlob G. zu G. und den Beklagten dergestalt, daß sich die beiden Pachter wegen aller Pachtverbindlichkeiten gegenseitig verbürgten.

Dieser Pachtvertrag wurde laut der unter II. ebenfalls abschriftlich mitfolgenden Pachtprolongationsurkunde, d. d. 18. März 1841 et conf. den 7. December desselben Jahres unter geringen Modificationen auf die Zeit von Johannis 1843 bis dahin 1850 verlängert. Herr Gottlob G. trat jedoch Inhalts der in den Acten des Gerichts K. sub Rep. II. Lit. G. no. 33. Bl. — ff. befindlichen, unter III. in Abschrift beigefügten Registratur, nachdem er den Beklagten, wie dieser ihn, über alle aus dem Pachtverhältnisse etwa entstandenen Verpflichtungen quittirt hatte, unter Genehmhaltung des Herrn Grafen von H., am 26. Juni 1843 aus dem Pachte aus, so daß Beklagter von da ab als alleiniger Pachter des Ritterguts K. mit K. auftrat, und, wie dies wegen der Solidarität des Contracts auch schon früher der Fall gewesen war, alle aus dem mehrerwähnten Pachtcontracte entstehenden Verbindlichkeiten allein zu vertreten hat.

Nun waren die Abpachter und von Johannis 1843 an Beklagter allein nach §. VIII. ff. des eben angezogenen Pachtvertrags vom 2. Februar 1838 verpflichtet, alljährlich 3 bis 4 Stähre von den feinsten Königl. Sächs. Schäfereien anzukaufen, und zwar bei Vermeidung des Schadenersatzes und darüber einer Conventionalstrafe von 100 Thlrn. —‚— für jeden Contraventionsfall, eine Bestimmung, welche bei der nachmaligen Prolongation des Vertrags in keiner Hinsicht aufgehoben oder verändert worden ist.

Dieser Verbindlichkeit aber ist der Beklagte während der letzten 6 Jahre seiner Pachtzeit nicht nachgekommen. Er ist daher, nachdem seine Pachtzeit am 24. Juni d. J. zu Ende gegangen, gehalten, die auf Vernachlässigung gedachter Verpflichtung gesetzte Conventionalstrafe von 100 Thlrn. —‚— für jeden Contraventionsfall, mithin, da als Ein solcher Fall unzweifelhaft die Unterlassung des contractmäßigen Ankaufs von 3 bis 4 Stähren während Eines Jahres zu betrachten ist, die Summe von 600 Thlrn. —‚— an den Herrn Grafen von H. zu zahlen.

Letzterer hat jedoch, wie sich aus der unter IV. angebogenen Erklärung seines bereits beim Vertrage vom 2. Februar 1838 legitimirten Generalbevollmächtigten, des Herrn Dr. Friedrich Wilhelm R., ergiebt, alle ihm aus den eben angeführten Verträgen gegen Beklagten erwachsenen und bei der Auflösung des Pachtcontracts nicht ausgeglichenen

Ansprüche, wie solche in dem über die Rückgabe der Oekonomie des Ritterguts K. unter dem 24. und 25. Juni d. J. von dem Königl. Kreisamte L. aufgenommenen Protokolle erwähnt sind, an den Kläger abgetreten. Befindet sich nun unter den solchergestalt cedirten Ansprüchen auch der wegen Nichtanschaffung von 3 bis 4 Stähren jährlich, so ist auch Beklagter die diesfallsige Conventionalstrafe an den Kläger zu zahlen verbunden."

Kläger forderte Recognition der inducirten Urkunden unter I. bis IV. und beantragte ein Erkenntniß des Inhalts,

daß Beklagter die durch Nichtbeschaffung von jährlich 3 bis 4 Stähren während der letzten 6 Jahre seiner Pachtzeit verwirkte Conventionalstrafe von 600 Thlrn. —⁄— an den Kläger zu bezahlen, auch die Proceßkosten ab- und zu erstatten verbunden.

Beklagter bestritt a) die Activlegitimation des Klägers und b) daß die Stipulation einer Conventionalstrafe in §. VIII. des der Klage beigefügten Pachtcontracts auf den Fall der Unterlassung des Ankaufs von Stähren mit zu beziehen sei.

Die betreffende Stelle dieses §. VIII. lautete wörtlich:

„Die Herren Abpächter machen sich verbindlich, alljährlich 3 bis 4 Stähre von den feinsten Königl. Sächsischen Schäfereien anzukaufen und ohne Herrn Verpachters ausdrückliche Genehmigung weder fremdes Vieh einzukaufen, oder sonst aufzunehmen, noch in den zwei letzten Pachtjahren einiges Schafvieh ohne Zuziehung des Herrn Verpachters auszumerzen, und zwar bei Vermeidung des Schadenersatzes und darüber einer Conventionalstrafe von Einhundert Thalern für jeden Contraventionsfall."

Endlich behauptete Beklagter, c) daß Kläger darzuthun gehabt hätte, daß er, Beklagter, und zwar 6 Jahre lang, seiner contractmäßigen Verbindlichkeit, alljährlich 3 bis 4 Stähre von den feinsten Königl. Sächsischen Schäfereien anzukaufen, nicht nachgekommen sei.

Nach abgesetztem Verfahren wurde am 22. März 1851 folgendes Urthel des Königlichen Spruchcollegiums zu Leipzig publicirt:

„Weil, wenn auch die Sachlegitimation des Klägers nach Bl. — flg. in formeller Hinsicht zum Theil berichtigt ist, doch dieselbe insofern als mangelhaft sich darstellt, als diese Cession vom 16. Juni 1850. Bl. — sich nur auf diejenigen Ansprüche erstreckt, wie solche in dem Protokolle des Kreisamtes Leipzig vom 24. und 25. Juni 1850 erwähnt sind, in selbigem aber (Bl. — flg. der Beilagsacten Rep. XII. Loc. 3. no. 150.) der hier geforderten Conventionalstrafe keine Erwähnung geschehen ist;

ferner aber, abgesehen von der Bl. — angeregten Frage, ob auf die in der Klage erwähnten Unterlassungen der Erkaufung von Stähren aus den Königlichen Schäfereien die Clausel wegen einer Conventionalstrafe von 100 Thlrn. —⁄— für jeden Contraventionsfall (Bl. — hor.) zu beziehen, jeden Falles zu Begründung eines solchen Anspruches der Nachweis der Thatsache erforderlich ist, daß sich der Pachter einer contractwidrigen Unterlassung schuldig gemacht, indem die Ansicht des Klägers Bl. —, daß er sich diesfalls lediglich in Negativa fundiren könne, eine irrige, sowohl das daselbst vom Darlehnscontract hergenommene Beispiel ein unpassendes ist, in dieser Hinsicht jedoch das Protokoll Bl. —, selbst angenommen, daß solches ohne Weiteres in dieser Executivklagsache benutzt werden könne, obschon davon der Klage keine Abschrift beigefügt gewesen, ein sicheres Anhalten nicht bietet,

so hat des Klägers Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, es ist derselbe auch die Kosten dieses Processes dem Beklagten zu erstatten schuldig."

Auf die vom Kläger eingewendete Appellation erkannte das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig (17. Juni 1851):

„Daß das fol. — sq. zu lesende, am 22. März 1851 publicirte Urthel der eingewendeten Appellation ungeachtet zu bestätigen, es werden jedoch die Kosten des Rechtsmittels unter den Parteien aufgehoben. ꝛc.

Entscheidungsgründe.

Beklagter hat die Schlüssigkeit der fol. — sqq. erhobenen Executivklage hauptsächlich aus drei Gründen bestritten, nämlich

1) weil es an dem Nachweise der Activlegitimation Klägers fehle,
2) weil die in §. VIII. des der Klage untergelegten Pachtcontracts fol. — enthaltene Stipulation einer Conventionalstrafe auf den im Libelle erwähnten Fall der Unterlassung des Ankaufs von Stähren gar nicht mit zu beziehen sei, und
3) weil auch, abgesehen hiervon, Kläger unterlassen darzuthun, daß er, Beklagter, und zwar 6 Jahre lang, seiner contractmäßigen Verbindlichkeit, alljährlich drei bis vier Stähre von den Königlich Sächsischen Schäfereien anzukaufen, nicht nachgekommen.

Von diesen Gründen würde nach der Ansicht des Appellationsgerichts der sub 1. nicht geeignet erscheinen, ein Erkenntniß auf Abweisung der Klage zu rechtfertigen. Denn noch ungerechnet, daß die

Activlegitimation nicht eigentlich zum Klaggrunde gehört, und daher in jedem Stadio des Processes noch nachgebracht oder ergänzt werden kann, eben deshalb aber ein Mangel an derselben nur zu einem Injuncte auf Verbesserung der Legitimation Anlaß bietet, so würde Man überhaupt kein Bedenken getragen haben, Klägern durch die Urkunde fol. — sqq. jct. fol. — sqq. in Verbindung mit dem Protokolle fol. — der Beilagsacten sub Rep. XII. Loc. 3. No. 150. als genügend zur Sache gerechtfertigt anzusehen.

Eben so wenig Gewicht ist auf den Grund sub 2. zu legen. Denn wenn auch Beklagter an der angezogenen Stelle des Contracts, und zwar in der nachstehenden Reihenfolge, drei Verbindlichkeiten übernommen hat, nämlich

a) die, alljährlich drei bis vier Stähre von den feinsten Königlich Sächsischen Schäfereien anzukaufen,
b) die, ohne seines Verpachters ausdrückliche Genehmigung kein fremdes Vieh einzukaufen oder aufzunehmen, und endlich
c) die, in den zwei letzten Pachtjahren ohne Zuziehung seines Verpachters kein Schafvieh auszumerzen,

so liegt doch irgend eine Veranlassung nicht vor, die an die Aufzählung dieser einzelnen Verpflichtungen sich unmittelbar anschließenden Worte:

„und zwar bei Vermeidung des Schadenersatzes und darüber einer Conventionalstrafe von Ein Hundert Thalern —- —- für jeden Contraventionsfall",

bei ihrer, namentlich aus den Worten: „für jeden Contraventionsfall" sich ergebenden Allgemeinheit, nur auf Eine derselben, nämlich die letzte, zu beziehen. Insbesondere unterliegt es keinem Zweifel, daß sowohl dem Wortsinne, als dem Sprachgebrauche nach eine Contravention in Bezug auf einen Contract eben so gut in einem Unterlassen, wie in einem Thun enthalten sein kann.

Dagegen hat man, und zwar in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz, den dritten der oben aufgeführten Gründe allerdings als durchschlagend für die Ansicht halten müssen, daß die erhobene Klage in der angebrachten Maaße abzuweisen sei.

Man bemerkt in dieser Beziehung Folgendes:

Die Lehre von der Beweislast ist unter den Rechtslehrern der älteren sowohl, als der neueren Zeit eine der bestrittensten, und namentlich sind es drei Hauptprincipe gewesen, nach welchen man die Beweislast bestimmen zu müssen geglaubt hat. Während nämlich ein Theil dabei von dem Grundsatze: actori incumbit probatio ausging, stellte ein anderer Theil den Satz: affirmanti incumbit probatio, non neganti, und endlich ein dritter den Satz: daß immer derjenigen Partei die Beweislast obliege, gegen welche eine Präsumtion streite, an die Spitze. In neuerer Zeit hat darauf

Bethmann-Hollweg, in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses, S. 319 flg.

noch ein viertes, gewissermaaßen vermittelndes Princip aufgestellt, nach welchem zwar ebenfalls der Satz: affirmanti, non neganti incumbit probatio als wahrhaft entscheidende allgemeine Regel für Bestimmung der Beweislast anerkannt wird, jedoch mit der Erläuterung, daß derselbe nicht auf die einzelnen factischen Behauptungen der Parteien, für sich betrachtet, sondern nur auf streitige Rechtsverhältnisse selbst anzuwenden sei, dergestalt, daß deren wesentliche Bedingungen, auch wenn sie in negativen Thatsachen beständen, von demjenigen bewiesen werden müßten, welcher das Recht geltend mache.

Vergl. Bethmann-Hollweg, l. c. S. 367 flg.

Es kann hier nicht der Ort sein, sämmtliche für und gegen das eine oder das andere dieser Principe angeführten Gründe vollständig aufzuzählen und zu prüfen, vielmehr genügt es für den gegenwärtigen Zweck, nachstehende Punkte hervorzuheben:

A. Für den Satz, daß nur dem, welcher eine Thatsache bejahe, niemals aber dem, welcher eine solche verneine, der Beweis obliege, hat man sich zunächst auf mehrere Stellen des Römischen und Canonischen Rechts bezogen, in welchen derselbe theils im Allgemeinen, theils in Anwendung auf einzelne bestimmte Fälle ausgesprochen sein soll. Vergl. namentlich

l. 2. D. de probat. (22, 3.)
l. 23. C. eod. (4, 19.)
l. 10. C. de non numer. pecun. (4, 30.)
§. 4. J. de legat. (2, 20.)
cap. 11. und 12. x. de probat. (2, 19.)
cap. 23. x. de elect. et elect. potest. (1, 6.)
cap. 1. de confessis in IV. (2, 9.)

Indessen ist bereits von

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse, §. 12. und 13. Seite 143 flg. der von Heffter besorgten 2ten Ausgabe,

sowie von

Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 1. Abhdl. V. S. 107 flg.

überzeugend nachgewiesen worden, daß diese Stellen anders auszulegen seien, und daraus obiger Satz keineswegs folge, daß sogar das Römische sowohl als das Canonische Recht für einzelne Fälle, wie namentlich in Bezug auf die condictio indebiti, deut-

lich erkläre, wie nach Befinden auch verneinende Sätze bewiesen werden müßten.

Linde, l. c. S. 117 flg. 137 flg.

B. Von einigen Rechtslehrern, namentlich von

Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast, S. 64 flg.

und von

Kori, im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 8. S. 91 flg.

ist für den gedachten Satz darauf Bezug genommen worden, daß ein Nichts ein Rechtssubstrat sei, der Ursprung, die Aufhebung oder Veränderung eines Rechts nicht aus einer Lehrheit der Zeit hervorgehe.

Allein Kori muß selbst zugeben, daß Nichtereignisse durch Gesetz oder Willenserklärung der Privatpersonen zur Bedingung eines Rechts, „durch Bezeichnung eines speciellen Ereignisses, welches, wenn es eintrete, das Rechtsverhältniß aufheben oder abändern solle", gemacht werden können, während seine Behauptung:

„der Nichteintritt eines solchen Ereignisses liege dann schon in dem bisherigen Zustande der Dinge, von welchem jene Gesetze oder Privatwillenerklärungen ausgegangen, und bedürfe, weil dessen Veränderung nicht vermuthet werde, des Beweises nicht,"

unerwiesen dasteht.

Vergl. Linde, l. c. S. 105 flg.

Denn wird die Entstehung eines Rechts von der Bedingung, daß etwas nicht geschehe, abhängig gemacht, so streitet an sich eine gesetzliche Vermuthung weder dafür, daß diese Bedingung eingetreten, noch dafür, daß sie nicht eingetreten sei. Namentlich läßt sich aus den von Kori zu Begründung seiner Behauptung allegirten Gesetzstellen, nämlich der

l. 8. D. de condict. causa dat. caus. non sec. (12, 4.)

sowie der

l. 7. und 67. D. de condict. et demonstrat. (35, 1.)

die gedachte Präsumtion keineswegs ableiten.

C. An sich liegt es in der Natur der Sache, daß der, welcher ein Recht gerichtlich geltend machen will, dem Richter von dessen Existenz Ueberzeugung zu verschaffen, also dessen Dasein beweisen muß. Kann nun unzweifelhaft die Entstehung eines Rechts davon, daß etwas nicht geschehe, abhängig gemacht werden,

vergl. Linde, l. c. S. 97 flg.

l. 7. und 67. D. de condict. et demonstrat. (35, 1.) läßt sich ferner, wie oben erwähnt, aus dem positiven Rechte nicht darthun, daß Negativen von dem, welcher sich darauf stützt, unter allen Umständen nicht zu beweisen seien, so folgt von selbst, daß der Kläger, welcher behauptet, es sei ein Anspruch für ihn dadurch, daß ein Ereigniß nicht eingetreten, entstanden, den Nichteintritt dieses Ereignisses, als den hauptsächlichsten Theil des Klaggrundes, als die Bedingung, unter welcher ihm ein Anspruch überhaupt nur zusteht, zu beweisen habe, und daß er keineswegs die Beweislast auf den Beklagten schieben, und von diesem verlangen könne, er solle, um den geklagten Anspruch von sich abzuwenden, den Eintritt des fraglichen Ereignisses darthun. Die Annahme der entgegengesetzten Meinung enthält eine Verletzung der Rechte des Beklagten. Denn es wird dem letzteren dadurch zugemuthet, bevor noch der Kläger seinen Anspruch dargethan, schon nachzuweisen, daß dieser Anspruch gar nicht existire, also gewissermaaßen einen Gegenbeweis zu führen, bevor noch ein Beweis geführt ist.

Vergl. Linde, l. c. S. 102 flg.

Weber, l. c. S. 110 flg., besonders S. 132 flg.

Bethmann-Hollweg, l. c. S. 337 flg.

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, S. 430 flg. ed. 7.

Martin, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes, §. 182. Not. g. ed. 10.

Heffter, System des Römischen und Deutschen Civilrechts, §. 220. S. 267.

Jordan, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 2. *sub voc.*: Beweis, S. 131 flg.

Auch ist es offenbar unrichtig, wenn man behauptet, eine Negative lasse sich gar nicht beweisen, und für die Entscheidung der Streitfrage wenigstens gleichgültig, ob der Beweis eines verneinenden Satzes mit mehr oder weniger Schwierigkeiten verknüpft sei. —

Was nun den vorliegenden Fall anlangt, so hat Kläger seinen Anspruch auf das Anführen gegründet, daß Beklagter als Pachter des Rittergutes K. mit L. sich verbindlich gemacht habe, bei Vermeidung einer Conventionalstrafe von 100 Thalern für jeden Contraventionsfall, alljährlich drei bis vier Stähre von den feinsten Königlich Sächsischen Schäfereien anzukaufen, und daß derselbe diese Conventionalstrafe sechsmal verwirkt, weil er in den sechs letzten Pachtjahren der gedachten Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei. Hängt hiernach die Existenz des klägerischen Anspruchs hauptsächlich von der Thatsache ab, daß Beklagter in den sechs letzten Pachtjahren keine Stähre angeschafft hat, würde ohne diese Thatsache ein Anspruch für Klägern überhaupt nicht entstanden sein, so folgt aus den obigen Entwickelungen von selbst, wie es des letzteren Sache gewesen wäre, vor allen Dingen darzuthun, daß Beklagter jene Contractsbestimmung nicht erfüllt habe, und zwar

um so mehr, als er den Executivproceß gewählt hat, bei welchem bekanntlich Alles, was zu Begründung des Klaganspruchs gehört, sofort durch documenta guarentigiata erwiesen werden muß.

Die von Klägerm gegen die Ansicht, daß in der erwähnten Beziehung ihn die Beweislast treffe, fol. — sq. gemachten Einwendungen finden in dem Gesagten ihre Widerlegung. Nur in Beziehung auf das fol. — Vorgebrachte ist noch zu bemerken, daß zwar in der Regel, wiewohl nicht allgemein,

z. B. Bethmann-Hollweg, l. c. S. 342.

angenommen wird, es habe in dem Falle, wenn einem Pachtvertrage die cassatorische Clausel beigefügt worden, und aus derselben geklagt wird, nicht der Kläger, daß der Beklagte seinen Verbindlichkeiten nicht nachgekommen sei, sondern der Beklagte, daß er seine Verpflichtungen erfüllt habe, darzuthun, daß jedoch hierauf gegen den oben aufgestellten Satz um deswillen nicht Bezug genommen werden kann, wie bei der cassatorischen Clausel dadurch, daß der Abpachter den Zins nicht pünktlich zahlt, für den Verpachter eigentlich nicht sowohl ein neues Recht entsteht, als vielmehr ein bereits bestehendes nur früher klagbar wird.

Schlüßlich bedarf nur noch die Nichtberücksichtigung eines von Beklagtem in anderen Acten abgelegten Geständnisses einer Rechtfertigung. Es hat nämlich Beklagter zwar allerdings nach Inhalt des fol. — der Beilagsacten sub Rep. XII. Loc. 3. No. 150. ersichtlichen Protokolls bei Gelegenheit der Rückgabe des in Pacht gehabten Rittergutes K. unumwunden so viel eingeräumt, daß er in den letzten Jahren, also doch mindestens während zweier Jahre, Stähre anzuschaffen unterlassen habe. Indessen hat Man auf dieses Zugeständniß einiges Gewicht aus dem Grunde nicht legen mögen, weil Kläger selbst fol. — der Proceßacten ausdrücklich erklärt hat,

> „es sei ihm keineswegs beigekommen, durch jenes Protokoll (welches Beklagtem in Folge des Antrags fol. — zugleich mit der Klage in Abschrift zugefertigt worden war) darzuthun, daß Beklagter während der sechs letzten Pachtjahre Stähre nicht angekauft habe, indem vielmehr Beklagtem der Beweis des Ankaufes obliege,"

und unter solchen Umständen hier, wo es sich um den Beweis eines Theiles des Klaggrundes handelt, nicht unbeachtet bleiben konnte, daß das gedachte Protokoll der Klage als Urkunde gar nicht mit untergelegt worden, Kläger auch weder dessen Recognition gefordert, noch dasselbe im Güte- und Rechtstermine fol. — sq. producirt.

Aus diesen Gründen war das vorige Urthel sowohl in der Hauptsache, als in Betreff des Kostenpunktes zu bestätigen.

Dagegen rechtfertigt sich die Compensation der Kosten der Appellationsinstanz dadurch, daß die Entscheidung wesentlich von Beantwortung einer zweifelhaften Rechtsfrage abhing."

Dagegen erkannte das Königl. Oberappellationsgericht auf anderweite Appellation des Klägers am 23. December 1851:

„Daß Gerichtswegen von der Bl. — übergebenen Vollmacht beglaubte Abschrift zu diesen Acten zu bringen. Hiernächst ist es, soviel die Hauptsache anlangt, bei dem gedachten Urthel und dem dadurch bestätigten Erkenntnisse Bl. — flg. nicht zu lassen, sondern es ist der Beklagte die geklagte Conventionalstrafe von Sechshundert Thalern —ˢ —ˢ dem Kläger zu bezahlen schuldig.

Dahingegen ist, den Kostenpunkt betreffend, das vorige Urthel, wie hiermit geschieht, unter Compensation der neuern Appellationskosten zu bestätigen.

Entscheidungsgründe.

1.

Der vorigen Instanz ist zuvörderst darin beizupflichten, wenn sie (Bl. — —) die von dem Beklagten gegen die Sachlegitimation des Klägers vorgebrachten Einwendungen für unerheblich erklärt.

Ebenso

2.

ist demjenigen Beifall zu geben, was die vorige Instanz (Bl. —) zu Widerlegung der materiellen Einwendung des Beklagten sub 2. a. Bl. — — flg. bemerkt hat. Nach §. VIII. des unter 1. der Klage beigefügten Pachtvertrages (Bl. —) hat der Beklagte sich verbindlich gemacht, eine Conventionalstrafe von 100 Thlrn. —ˢ —ˢ an den Verpachter zu bezahlen für jede Contravention gegen die in diesem Abschnitte des Vertrages getroffenen Bestimmungen. Hierzu gehörte auch die, daß der Pachter alljährlich drei bis vier Stähre von den feinsten Königlich Sächsischen Schäfereien anzukaufen habe. Dem Verpachter stand also das Recht zu, nach dem Ablaufe eines jeden Pachtjahres, in welchem er dies unterlassen hatte, 100 Thlr. —ˢ —ˢ zu fordern. Dadurch, daß er diese 100 Thlr. —ˢ —ˢ nicht nach jedem einzelnen Pachtjahre sogleich eingeklagt hat, kann die Annahme nicht begründet werden, es habe sich der Verpachter dadurch seines Anspruches begeben.

Die von dem Beklagten Bl. — unter 2. b. aufgestellte Ansicht, daß dem Verpachter bei beregter Vertragsbestimmung nur an möglichster Verfeinerung der Schafheerde gelegen, daß er diesem Zwecke durch den Ankauf eines feinen Zuchtstammes besser, als

es durch die nach und nach bewirkte Anschaffung einzelner Stähre geschehen können, entsprochen, und daß er hierdurch die beregte Vorschrift im Vertrage beseitigt habe, ist offenbar unrichtig; übrigens fehlt es am Nachweise über die factische Unterlage dieser Folgerung, und eben so wenig kann, aus gleichem Grunde, das Anführen des Beklagten Beachtung erhalten, daß er hierbei mit Genehmigung des vom Verpachter bestellten Generalbevollmächtigten gehandelt hätte.

3.

Beide vorige Instanzen stimmen darin überein, daß es dem Kläger bei der gewählten Proceßart obgelegen hätte, das Anführen Bl. —, es sei der Beklagte der Verbindlichkeit, alljährlich drei bis vier Stähre aus den feinsten Königl. Sächs. Schäfereien anzuschaffen, während der letzten sechs Jahre seiner Pachtzeit nicht nachgekommen, sofort zu beweisen, und daß, da dies nicht geschehen, die Klage in angebrachter Maaße abzuweisen wäre (Bl. — — f.).

Selbst wenn man von dem Gesichtspunkte (Bl. — —) ausgehen müßte, es sei die von dem Beklagten verhangene Unterlassung der Erfüllung der fraglichen Verbindlichkeit, weil davon das Entstehen des Anspruchs des Verpachters auf die Conventionalstrafe abhängig war, eine Thatsache, deren Beweis dem Kläger oblag, würde immer noch gegen die Klagabweisung das Bedenken erhoben werden können, daß nach §. 4. im Anhange zur Erl. Proc.-Ordn. in einem solchen Falle zuvörderst auf Beweis der existentia conditionis interloquiret und einstweilen der Executivproceß nur in suspenso gelassen werden soll.

Allein dem Kläger kann überhaupt nicht angesonnen werden, zu beweisen, daß der Beklagte den Vertrag nicht erfüllt habe. Man braucht auf die Streitfrage über die Beweislast bei Bezugnahme auf reine einfache Negationen hier nicht näher einzugehen; nur darauf möge hingedeutet werden, daß wenigstens dahin die sächsische Praxis, wie dies noch ganz neuerlich von dem Oberappellationsgerichte geschehen (III. 260/251. December 1851.), sich ausgesprochen hat, es habe bei der cassatorischen Clausel diejenige Partei, die solche geltend macht, keineswegs auch das zu beweisen, daß der Gegner den Vertrag nicht erfüllt habe. Der Bl. — ausgehobene Unterschied zwischen dem Falle der Conventionalstrafe und dem der cassatorischen Clausel bei einem Pachtvertrage ist in der That nicht vorhanden. Macht der Verpachter, weil der Pachter das Pachtgeld nicht pünktlich bezahlt hat, von der cassatorischen Clausel Gebrauch, so kann nicht gesagt werden, daß er ein bereits bestehendes Recht nur früher klagbar mache. Ein Recht, einseitig und vor beendigter Contractszeit den Pachtvertrag aufzuheben, hatte der Verpachter nicht; es entsteht vielmehr dies Recht erst eben dadurch, daß der Pachter die vertragsmäßige Verbindlichkeit zur Zahlung nicht erfüllt.

In einem ähnlichen Falle, wo sich der Pachter, dafern er nach Auflösung des Vertrags nicht pünktlich räumen würde, für jeden Tag der Verzögerung zu einer Conventionalstrafe von 5 Thlrn. —, — verpflichtet hatte, ward im Wesentlichen nur darüber, ob der Verpachter neben dem Pachtgelde für die spätere Zeit auch noch die Conventionalstrafe fordern könne, gestritten, in keiner Instanz aber ein Zweifel dagegen erhoben, daß dem Verpachter es nicht obliege, nachzuweisen, es habe der Pachter nach beendigter Pachtzeit nicht geräumt.

(in Sachen Günthers ./. Funke am 7. Februar 1850, s. Wochenblatt vom Jahre 1851. St. 1. S. 5 flg.)

Verlangt der eine Contrahent dasjenige, was der andere im Vertrage versprochen hat, unter dem Anführen, der Letztere habe dies Versprechen nicht erfüllt, so ist jener gewiß nicht derjenige, qui dicit, sondern derjenige, qui negat;

l. 2. C. de probat. (20, 3.)

er behauptet nicht eine Thatsache, sondern er leugnet eine Thatsache, nämlich die der Vertragserfüllung, der solutio. In dieser Beziehung kann der in dem hierbei überhaupt nicht unbeachtlich erscheinenden Werke von

Rizy, über die Verbindlichkeit zum Beweise im Civilprocesse. (Wien, 1841.) §. 26. S. 195.

entwickelte Satz, daß, wenn beide Theile über ein und dasselbe Moment der gesetzlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Behauptungen aufstellen, in der Regel der Bejahende, nicht der Verneinende zu beweisen habe, nicht unrichtig erscheinen. Er stimmt mit dem von dem Oberappellationsgerichte mehrfach, z. B.

in Sachen Bieraur ./. Hartmann am 7. Mai 1840, s. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1847. Seite 67.,

ausgesprochenen Satze zusammen, daß da, wo ein Versprechen vorliegt, der Promittent die Erfüllung, nicht der Promissar die Nichterfüllung zu beweisen habe.

Im vorliegenden Falle kann übrigens gegen die Ansicht, daß der Anspruch des Klägers auf die Conventionalstrafe als ein auf den Eintritt einer Bedingung, nämlich der in Bezug auf den Ankauf von Stähren verhangenen Unterlassung gestellter anzusehen sei, auch noch das eingehalten werden, daß der Beklagte sich im Vertrage §. 8. alternativ verbindlich gemacht hat, nach seiner Wahl entweder alljährlich

drei bis vier Stähre anzukaufen, oder statt dessen 100 Thlr. —ˢ —ˢ an den Verpachter zu entrichten, und daß er, wenn er in dem einen oder dem andern Pachtjahre Stähre nicht ankaufte, hierdurch seine Wahl, die Geldleistung zu entrichten, zu erkennen gab. Vor dem Ablaufe des Pachtjahres stand dem Verpachter kein Recht zu, auf den Ankauf der Stähre für dieses Jahr zu klagen, weil, wenn der Pachter diesen Ankauf auch noch in den letzten Tagen des Pachtjahres bewirkte, er seine Verbindlichkeit nicht unerfüllt gelassen hätte.

Dem Kläger ist es daher nicht als ein Fehler bei Anstellung der Executivklage anzurechnen, wenn er darüber, daß der Beklagte in den fraglichen Jahren weder Stähre angekauft, noch die 100 Thlr. —ˢ —ˢ bezahlt habe, mithin, daß Seiten des Beklagten die solutio nicht geschehen sei, urkundlichen Nachweis nicht beifügte. Im Gegentheil muß der Beklagte, weil er darüber, daß er sein Versprechen erfüllt habe, auf einen urkundlichen Nachweis sich zu beziehen nicht vermocht hat, in diesem Processe verurtheilt werden.

Von selbst versteht es sich, daß, wenn der Beklagte die Behauptung, daß er seiner Verbindlichkeit nachgekommen sei, oder solche Umstände, welche geeignet sind, seine Verbindlichkeit zu buchstäblicher Erfüllung der beregten Vertragsbestimmung zu beseitigen, mittelst der Widerklage oder besonderer Klage an- und auszuführen im Stande sein sollte, ihm dies auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Urthel unbenommen bleibt.

Dasselbe gilt

4.

von der Bl. — — unter 3. vorgeschützten Ausflucht des Vergleiches. Daß diese durch die Bl. — beigebrachte Urkunde nicht liquid gemacht worden, lehrt der Inhalt dieser Schrift. Die Bl. — — nachgesuchten Marginalzeugnisse sind nicht ertheilt worden, und diejenigen Stellen in den Beilageacten, durch welche die Liquidität der Ausflucht sich ergeben soll, hat der Beklagte nicht angegeben.

(s. übrigens Bl. — — der Beilageacten Nr. 150.)

5.

Der Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache ungeachtet war die in den vorigen Instanzen ausgesprochene Kostencompensation zu bestätigen, da es bei der Entscheidung der Sache auf Beantwortung einer bestrittenen Rechtsfrage und die Auslegung einer nicht ganz zweifellos gefaßten Vertragsbestimmung ankam."

Auf die hiergegen eingewendete Appellation des Beklagten erkannte das Königl. Oberappellationsgericht am 5. Mai 1852:

„Daß das vorige Urthel, wie hierdurch geschieht, und unter Compensation der in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten, jedoch mit der Verbesserung zu bestätigen, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt folgendermaaßen zu fassen gewesen: Dagegen werden die zeither in der Sache erwachsenen Kosten, einschließlich der Appellationskosten zweiter und gegenwärtiger Instanz, unter den Parteien compensirt.

Entscheidungsgründe.

Die dritte und die zweite Instanz stimmen nach Bl. — flg. und — ausdrücklich darin überein, daß des Klägers Sachlegitimation zur Genüge bewirkt sei. Nicht minder findet darüber Einverständniß der beiden gedachten Instanzen Statt, daß die in der Klage geltend gemachte Vertragsbestimmung zu Gunsten Klägers auszulegen und die Stipulation einer Conventionalstrafe von je 100 Thalern auch auf den in der Klagschrift erwähnten Fall der Unterlassung des Kaufs von Stähren zu beziehen sei, Bl. — flg. und — flg.

Diese beiden Punkte können daher nicht nochmals zum Gegenstande richterlicher Prüfung in der vierten Instanz gemacht werden, und es bedarf auch keines Eingehens auf die diese Punkte betreffenden Ausführungen der Parteien in ihren neuesten Eingaben.

Weiter mag die Bl. — befindliche Ausstellung in Betreff des daselbst erwähnten Protokolls schon deshalb auf sich beruhen, weil Beklagter selbst wiederholt auf die Verhandlungen, auf welche jenes Protokoll sich mit bezieht, sich berufen und gegen die Gültigkeit desselben nichts eingewendet hat.

Die sonach übrig bleibende Frage, welche in den vorigen Instanzen verschieden beantwortet worden, betrifft die Frage, ob Klägerm der Beweis der Erfüllung der Vertragsbestimmung, bei deren Nichterfüllung die stipulirte Conventionalstrafe zu zahlen ist, obgelegen.

Die Frage, welchem der Contrahenten bei der Geltendmachung der cassatorischen Clausel oder bei dem Anspruche auf eine angeblich verfallene Conventionalstrafe der Beweis obliege, gehört zu den sehr bestrittenen, wie insbesondere die Entscheidungsgründe des Urthels zweiter Instanz gezeigt haben.

Das Oberappellationsgericht kann zunächst einen hier maaßgebenden Unterschied zwischen der cassatorischen Clausel und der Conventionalstrafe nicht anerkennen, ist vielmehr der Meinung, daß, gleichviel, ob man dem Gläubiger oder dem Schuldner den Beweis auferlegen will, die diesfallsige Ent-

scheidung eben so für den Fall der cassatorischen Clausel, als für den Fall der Conventionalstrafe gelten muß. In beiden Fällen liegen gleiche Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Beweisfrage vor, und die für den einen Fall vorgetragenen Gründe leiden auch auf den anderen Anwendung.

Das Oberappellationsgericht hat nun zeither im Sprechen als Regel den Satz befolgt, daß, insoweit nicht besondere factische Umstände des einzelnen Falles eine Ausnahme nothwendig erheischen, der Gläubiger, welcher die cassatorische Clausel geltend macht, zu beweisen nicht verbunden sei, daß der Schuldner die ihm obliegende Vertragsschrift nicht erfüllt habe, und findet zur Zeit keinen ausreichenden Grund, von dieser Meinung, deren Gründe auch in dem Erkenntnisse voriger Instanz ausgeführt sind, wieder abzugehen.

Diese Rechtsansicht führt nothwendig zur Bestätigung des vorigen Erkenntnisses.

Die Einrede des Beklagten Bl. — ist, wie sie vorgebracht worden, auch abgesehen davon, daß zur Zeit die Eigenschaft des Commissionsraths H. als Bevollmächtigten des Grafen H. nicht nachgewiesen ist, unbeachtlich, da in der Schrift Bl. — ein unbedingter Verzicht nicht enthalten ist und die Beilagsacten (vergl. Bl. — und —) das sonstige Anführen nicht unterstützen. — Im Uebrigen bleibt es dem Beklagten, und zwar auch ohne diesfallsigen Vorbehalt in dem Urthel, bekannter gesetzlicher Vorschrift zu Folge, unbenommen, seine Einreden, soweit er sich damit fortzukommen getraut, mittelst besonderer oder der Widerklage weiter an- und auszuführen.

Was endlich den Antrag Klägers Bl. — flg. auf Erläuterung des vorigen Urthels anlangt, so erscheint derselbe begründet, da, wie aus den Bl. — zu lesenden Entscheidungsgründen unzweifelhaft hervorgeht, die Compensation der Proceßkosten erkannt und nur bei der Abfassung des Urthels eine diesem Erkenntnisse nicht entsprechende Formel desselben gewählt worden ist, die Bezugnahme Bl. — auf die früheren Instanzen aber bei dem beigefügten Grunde nicht entscheidend sein kann.

Die Entscheidung in Betreff der gegenwärtigen Instanzkosten bedarf keiner besonderen Rechtfertigung."

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 11. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 65. Decret wegen Bestätigung der Statuten der „Allgemeinen Brandversicherungsgesellschaft Sächsischer Lehrer"; vom 1. August 1854. No. 66. Verordnung, die Erweiterung des Art. 34. der mit der Königl. Preuß. Regierung getroffenen Uebereinkunft über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe vom $\frac{\text{14. October}}{\text{30. November}}$ 1839 betreffend; vom 11. August 1854. No. 67. Bekanntmachung, die Versammlung der Stände des Königreichs Sachsen zu einem außerordentlichen Landtage betreffend; vom 31. August 1854. No. 68. Verordnung, die Landtagswahl im zweiten Bezirke des Handels- und Fabrikstandes betreffend; vom 1. September 1854. — Letzte Absendung: am 8. September 1854.

---

**Orden.** Se. Königliche Majestät haben zu genehmigen geruht, daß die Nachbenannten die ihnen von Sr. Majestät dem König von Bayern verliehenen Ordensdecorationen, und zwar

der Finanz-Director, Geheime Rath von Ehrenstein das Comthurkreuz des Verdienstordens der bayerschen Krone,

der Staatseisenbahn-Director, Regierungsrath Schill das Comthurkreuz des Verdienstordens vom heiligen Michael, und

der Finanzrath von Tschirschky-Bögendorf das Ritterkreuz desselben Ordens,

annehmen und tragen.

Se. Majestät der König haben dem pensionirten Oberpostrath und Hauptmann von der Armee, Plötz das Ritterkreuz des Albrechtsordens Allergnädigst zu verleihen geruht.

---

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der Rechtscandidat Gustav Adolph Goldfriedrich zu Plauen ist als Verwalter der Gerichte zu Nöttis angestellt worden.

---

**Todesfälle.** Gestorben: am 19. Septbr. 1854 der Gerichtsdirector und Advocat Moritz Pinther in Werdau.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 52.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 107.

**Kann ein vor Ablauf des Beweisfatale nicht angetretener Beweis für versäumt geachtet werden, bevor der Anwalt des Beweisgegners sich zum Processe legitimirt hat?**

Mitgetheilt von
Herrn Dr. B. E. in Weimar.

Dem H. war in seiner Klagsache gegen S. und Gen. mittelst oberstrichterlichen Erkenntnisses, dessen Rechtskraft somit alsbald mit der am 27. Mai 1848 erfolgten Publication eingetreten war, der Beweis einer Replik innerhalb dreißigtägiger Ordnungsfrist nachgelassen worden.

Am 27. Juni 1848 hatte dann zwar H. um Erstreckung der Beweisfrist nachgesucht. Nach einigen hier nicht weiter interessirenden Zwischenverhandlungen erging jedoch im October des nämlichen Jahres ein erstinstanzlicher Bescheid, in welchem das Fristgesuch, weil verspätet, zurückgewiesen und der Beweis für versäumt erachtet ward.

Gegen diesen Bescheid remedirte H., darauf gestützt, daß dem Anwalte seiner Gegner vorlängst schon, sich zum Processe zu legitimiren, Richteramtswegen aufgegeben worden, davon aber, daß derselbe dieser Auflage inmittelst genügt habe, ihm erst durch Decret des Proceßgerichts vom 5. September 1848 Nachricht zugekommen sei.

Allein nicht nur die Juristenfacultät zu Jena ließ es (September 1849) — mit Hinweisung darauf, daß §. 1. Tit. VII. der Alt. Sächs. Proceßordnung nur für den Richter eine Vorschrift enthalte, welche übrigens durch den Gerichtsgebrauch längst die strenge Durchführung verloren habe, dem Proceßgegner aber keineswegs die Befugniß gebe, sich wegen des Mangels der Vollmacht des Sachführers der andern Partei, geschweige denn, wenn sie vorhanden und nur ihm nicht bekannt gemacht worden, der ihm obliegenden processualischen Pflichten enthoben zu achten, — bei jenem Bescheide lediglich bewenden; auch das Spruchcollegium zu Würzburg, an welches die Acten in der Oberberufungsinstanz versendet wurden, bestätigte denselben (9. Juli 1850) aus folgenden Gründen:

„Die Proceßlegitimation eines Anwalts ist nur zu dem Zweck erforderlich, damit Richter und Gegner im Voraus Sicherheit dafür gewinnen, daß der für eine Partei aufgetretene Sachwalter von derselben zur Führung ihres Processes wirklich ermächtiget sei, und daß dieselbe die Handlungen dieses Sachwalters als für sich selbst berechtigend und verpflichtend angesehen wissen wolle, damit nicht, falls es etwa an dem Consense des Vertretenen wirklich mangeln sollte, ein vergebliches nichtiges Verfahren gepflogen würde. Sie vertritt nicht den consensus domini selbst, sondern ist nur der Nachweis desselben und ein Versicherungsmittel gegen die Gefahr einer möglicher Weise ungültigen Proceßführung, nicht aber eine Bedingung der Gültigkeit des Verfahrens. Kläger verwechselt offenbar die Legitimation des Procurators mit dem Consens der vertretenen Partei selbst. Wohl macht der Mangel dieses Consenses das Verfahren des angeblichen Procurators nichtig, nicht aber schon der Mangel des Beweises über die Consentirung, d. h. der bloßen Legitimation, gleichwie ja auch nicht diese letztere es ist, was die Proceßführung des Procurators gültig macht, sondern der zu erweisende Consens des Ver-

tretenen ſelbſt. Wer in fremdem Namen proceſſirt, iſt deswegen, weil und inſolange er noch keine Vollmacht beigebracht hat, noch keineswegs falsus procurator; er iſt es nur dann, wenn ihn ſein angeblicher Conſtituent wirklich nicht ermächtiget hat, noch ſeine Handlungen ratihabiren will; er kann ebenſo gut wirklicher als falſcher Procurator ſein, daher denn auch ſeine Handlungen, wie das auf dieſelben gebaute Verfahren ebenſowenig noch als ungültig wie als gültig behandelt werden können, ſondern dieſe Frage in suspenso bleibt, bis der Sachwalter entweder ſeine Legitimation beibringt, oder bis nachgewieſen ſein wird, daß die von ihm vertretene Partei ihn in der That nicht ermächtigt habe, noch ſein Verfahren genehmigen wolle; bis zu dieſem Nachweiſe aber kann das bereits gepflogene Verfahren um ſo weniger ſchon als nichtig gelten, als man bei der entgegengeſetzten Anſicht annehmen müßte, daß der angebliche Procurator, ſo lange er ſich noch nicht legitimirt hat, ein falsus procurator ſei, während doch ein Falſum überall nicht präſumirt werden darf.

Dieſe in der Natur des Verhältniſſes liegende Ausführung wird auch poſitiv von den Quellen unterſtützt, und von allen Proceßlehrern, welche je in die Sache eingegangen ſind, beſtätigt. So geht aus der c. 24. Cod. de procurat. (II. 13.) namentlich ganz beſtimmt hervor, daß ein von einem Procurator geführter Proceß erſt dann als ein nichtiger zu erachten ſei, nachdem ſich poſitiv herausgeſtellt hat, daß jener Stellvertreter falsus procurator ſei:

„Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat: si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium.“

Gleiches erhellt aus cap. 4. in fin. X. de procur. (1. 38.)

Biener, in syst. proc. jud., L. I. c. 4. §. 37. not. 5.

bemerkt:

„Itaque quod ante legitimationem gestum actumve est, pro nullo habere nequaquam potest, cum statim doceri possit, mandatum interfuisse.“

Gensler, im Handbuch zum Proceß, Abhdl. V. §. 6. a. E.

äußert:

„ꝛc. und weil, ſo lange die Legitimation zum Proceß in den Acten nicht hergeſtellt iſt, als ungewiß vorliegt, ob denn der vorgegebene Kläger oder Beklagte dies wirklich ſei, ſein könne, ſein wolle, der Rechtsſtreit alſo in der Gefahr eines vergeblichen Reſultats und einer abſoluten Nichtigkeit ſchwebt; ꝛc.“

Bayer, in den Vorträgen über den Civilproceß, Ausg. VII. S. 226.

ſagt:

„ꝛc. fehlt ſie (die Proceßlegitimation) gänzlich, und iſt es auch gewiß, daß dieſem Mangel nicht mehr abzuhelfen ſei, weil z. B. die Partei beſtimmt erklärt, ſie habe dem Stellvertreter keinen Auftrag ertheilt, und wolle ſeine bisherigen Handlungen nicht ratihabiren, ſo iſt das ganze Verfahren ꝛc. als wirkungslos und nichtig zu betrachten.“

Folgt nun auch daraus, daß ein ohne bereits beigebrachte Legitimation eines Anwalts gepflogenes Verfahren noch nicht als nichtig erachtet werden kann, allerdings nicht, daß daſſelbe wirklich und ſofort gültig ſei, ſo kann daſſelbe doch vorläufig wie ein gültiges behandelt werden, da nicht blos die Hoffnung auf die wirkliche Conſentirung vorhanden iſt, ſondern auch nicht präſumirt werden darf, daß der alieno nomine Aufgetretene falsus procurator ſei.

Allerdings iſt es dem Richter, gemeinrechtlich wie nach Sächſiſchen Landesgeſetzen, unterſagt, in einer Proceßſache ohne vorher berichtigte Legitimation eines Anwalts vorzuſchreiten. Aber dabei iſt nirgendwo ausgeſprochen oder nur angedeutet, daß, wenn ein Verfahren ohne vorgängige Proceßlegitimation gleichwohl gepflogen würde, daſſelbe ſchon ſofort und bevor ſich der wirkliche Mangel des consensus domini ſelbſt conſtatirte, mithin auch ſchon vorläufig als ungültig erachtet werden ſollte. Die ganze Folge, welche auf die richterliche Umgehung jenes Verbots geſetzt iſt, beſteht vielmehr nur darin, daß die Gegenpartei des angeblichen Anwalts den Proceßhandlungen deſſelben, ſowie den darauf fortbauenden richterlichen Verfügungen die exceptio deficientis legitimationis ad processum entgegenzuſetzen, und zu verlangen berechtigt iſt, daß der Richter jenem Anwalt vor Allem noch ſeine Legitimation abfordere und bis zur Erbringung derſelben den Proceßgang über die Sache ſelbſt ſiſtire. Und giebt etwa der Richter dieſem Exceptionalantrage kein Gehör, oder verwirft er denſelben als unbegründet, und ſetzt das Verfahren nichtsdeſtoweniger fort, ſo kann die excipirende Partei wider die ausdrückliche oder ſtillſchweigende Zurückweiſung jener ihrer Einrede ein ordentliches Rechtsmittel ergreifen; außerdem bleibt es ihr unbenommen, Falls ſich nach bereits gleichwohl durchgeführtem Proceß, oder noch früher, der wirkliche consensus domini als nicht vorhanden herausſtellen wird, das Verfahren als nichtig

anzufechten, und ſich ihres durch die vergebliche Proceßführung erlittenen Schadens, ſei es an dem gegentheiligen falsus procurator, ſei es mittelſt der Syndicatsklage an dem Richter zu erholen. Macht ſie dagegen von dem Recht der exceptio deficientis legitimationis ad processum keinen Gebrauch, ſondern läßt den gegentheiligen Anwalt und den Richter in der Procedur fortfahren, ſo willigt ſie dadurch in ſo lange, als ſie mit jener Einrede zurückhält, wenigſtens vorläufig in dieſe Procedur ein; ſie erklärt dadurch, daß ſie es darauf ankommen laſſen wolle, daß der Proceß hinterher bei ſich etwa conſtatirendem Mangel der consensus domini nichtig erſcheinen werde, ſie giebt ſich freiwillig den ihr daraus etwa erwachſenden Nachtheilen preis und verzichtet dadurch vor der Hand auf den Präventivſchutz, welchen ihr die Geſetze mit der Bewilligung der mehrerwähnten exceptio deficientis legitimationis zugedacht haben, — ein Schutzmittel, das lediglich in ihrem Intereſſe angeordnet iſt und nicht im objectiven Intereſſe, welchem letztern vielmehr durch die geſetzliche Verhängung der Nullität des Proceſſes im Falle entſchiedenen Mangels des consensus domini allein ſchon hinlänglich Genüge gethan iſt.

So lange demnach die Gegenpartei des angeblich anderſeitigen Anwaltes während des gleichwohl eingeleiteten Proceſſes jene Einrede nicht opponirt, muß ſie folgeweiſe den an ſie ergehenden richterlichen Weiſungen wenigſtens eventuell, d. h. auf den Fall hin, daß die Legitimation werde nachgeholt oder die Ratihabition des Vertretenen erklärt werden, unweigerlich, und ſo pflichtmäßig wie ſonſt, nachkommen und den Proceß ihrerſeits mit fortſetzen, widrigenfalls ſie ſich die Folgen des Ungehorſams wie in einem ſofort gültigen Proceſſe zuzieht. Freilich können dieſe Ungehorſamsfolgen wie das ganze bisherige Verfahren hinterher wieder rückgängig werden, wenn ſich nämlich erſt ſpäter herausſtellt, daß es am wirklichen consensus domini gebreche, indem in dieſem Falle das bisher proviſoriſch gültige Verfahren rückwärts in ein definitiv ungültiges ſich verwandelt; bis ſich aber dies poſitiv herausſtellt, und ſo lange zugleich die exceptio def. leg. nicht opponirt iſt, muß die Partei daſſelbe vorläufig gelten laſſen, ſie darf ſich demſelben in keiner Weiſe entziehen und die gerichtlichen Weiſungen ſo ohne Weiteres als für ſie nicht verbindlich ignoriren. Die Sache verhält ſich ganz in ähnlicher Art, wie wenn ein Gericht, deſſen Jurisdiction oder Competenz zweifelhaft erſcheint, gleichwohl das Verfahren über die Sache ſelbſt eröffnet. Nimmt der Richter eine Klagſache an und citirt den Beklagten, welcher ihn nicht für befugt erachtet, ſo kann dieſer Beklagte wohl die exceptio judicis non congrui entgegenſetzen und verlangen, daß ſich das Gericht der Procedur in dieſer Sache enthalte, und achtet der Richter auf dieſe Einrede gar nicht, oder erklärt er ſie per decretum als grundlos, und ſetzt zugleich das Verfahren fort, ſo ſtehen dem Beklagten dawider die ordentlichen Rechtsmittel zu Gebote. Nimmermehr aber darf er ſich vor rechtmäßig und vollſtändig abgethaner Zuſtändigkeitsfrage dem Gerichtszwange jenes Richters geradezu entziehen und deſſen Weiſungen, ohne die Competenzeinrede entgegengeſtellt zu haben, unbefolgt laſſen; das Verfahren mag hinterher als nichtig erſcheinen und als ſolches zu behandeln kommen, inzwiſchen aber, und bis dies herausgeſtellt ſein wird, muß er es als wenigſtens vorläufig gültig anerkennen und den in der Sache an ihn ergangenen richterlichen Weiſungen unweigerlich nachkommen.

fr. 5. Dig. de jud. (V. 1.)

fr. 2. Dig. si quis in jus. (II. 5.)

In concreto hat nun der Kläger der Fortſetzung des Proceſſes nach Erlaſſung der dem Anwalt des beklagten Theils gewordenen Aufforderung zur Berichtigung des Vollmachtspunkts ſo wenig, als vor jener Aufforderung irgendje die exceptio deficientis legitimationis ad processum entgegengeſetzt, noch ſonſt in einer anderweiten Form die einſtweilige Siſtirung des Proceſſes bis zur wirklichen Berichtigung jenes Vollmachtspunkts verlangt oder angeregt, vielmehr fortwährend den Proceß durch eigene Handlungen ſo fortgeſetzt, wie wenn der gegentheilige Anwalt bereits gehörig legitimirt geweſen wäre, wie er denn ſogar noch auf das rechtskräftige Beweiserkenntniß de publ. 27. Mai 1848 — freilich erſt nach Umfluß der Beweisfriſt — mit einem Prolongationsgeſuche einkam, wodurch er denn neuerlich an den Tag legte, daß er jene Beweisauflage damals als gültig erachtete und keineswegs die Proceßſiſtirung verlangte. Demnach mußte er denn, inſolange er wenigſtens den Mangel nicht anregte, den an ihn erlaſſenen Weiſungen wenigſtens vorläufig Genüge leiſten, und ſo namentlich den ihm durch vorallegirtes Erkenntniß auferlegten Beweis binnen der präfigirten, ipso jure zerſtörlichen Friſt antreten, d. h. dieſe Friſt als ihm rechtlich laufend vorläufig wenigſtens behandeln.

Da übrigens die Vollmachtsberichtigung Seitens des gegentheiligen Anwalts inzwiſchen längſt, nämlich ſchon am 8. Februar 1845, wirklich zu den Acten gelangt war, ſo war Kläger zur Beweisantretung zwiſchen dem 28. Mai und 26. Juni 1848 nicht einmal blos vorläufig, ſondern vollends ſchon definitiv verbunden; und wollte man auch dem Umſtande, daß ihm jene Berichtigung erſt nach dem

Ablauf der Beweisfrist förmlich notificirt wurde, ungeachtet er mit dieser Thatsache actenmäßig schon längst vertraut gewesen sein mußte, gleichwohl noch Rechnung tragen, so wäre er doch binnen mehrerwähnter Frist immerhin vorläufig zum Beweisantritt verbunden gewesen, und es mußte diese seine blos provisorische Verpflichtung nunmehr, nachdem mit dem Decret vom 28. August 1848 auch die förmliche Notification der Vollmachtsberichtigung nachgeholt worden, sogar rückwärts als eine definitive Verpflichtung behandelt werden."

## 108.

**Ueber die Legitimität eines Kindes, welches zwar während der Ehe, aber noch vor dem 182sten Tage nach deren Schließung geboren ist. — Zur Erläuterung §. 14. des Erbfolgemandats vom 31. Januar 1829. — Beweiskraft pfarramtlicher Zeugnisse.**

Mitgetheilt von

Herrn Act. R. in F.

Johann Christoph H. zu W. war am 12. Juni 1803 mit Marien Sophien F. getraut worden. Am 29. desselben Monats hatte dieselbe eine Tochter geboren, welche in der Taufe die Namen „Eleonore H." erhielt und in das Kirchenbuch ausdrücklich als Tochter des Ehemannes ihrer Mutter eingetragen wurde. Nachdem diese Ehe 1814 getrennt worden, verheirathete sich Johann Christoph H. anderweit mit Concordien geb. E., aus welchem Ehebündniß ebenfalls eine Tochter, Auguste, später verehel. Sch., hervorging. Am 5. Februar 1849 verstarb Johann Christoph H. ohne Testament und es setzten sich die hinterlassene Wittwe und deren Tochter in den Besitz seines gesammten Nachlasses, indem sie sich weigerten, die Eleonore H., nachmals verehel. St., als Miterbin anzuerkennen und ihr den ihr als Descendentin des Erblassers gebührenden Erbtheil auszuantworten.

Deshalb und zunächst wegen Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses ward Letztere gegen sie mit Bezugnahme auf die vorangeführten Thatsachen und unter Beilegung mehrerer die berührten Familienverhältnisse nachweisenden Pastoralzeugnisse Ende des Jahres 1849 vor den Gerichten zu W. mit D. klagbar.

Die Beklagten bestritten die Statthaftigkeit der Klage, weil die Rechtsregel: Pater est, quem justae nuptiae demonstrant, nur innerhalb der gesetzlichen Nativitätstermine gelte, die Klägerin also, wenn sie für ein legitimes Kind Johann Christoph H.'s gehalten werden wolle, hätte anführen müssen, daß sie von diesem mit ihrer Mutter wirklich erzeugt sei, und excipirten Bl. —, daß ihr Erblasser sich mit der Klägerin Mutter innerhalb des 7ten, 8ten, 9ten, 10ten Monats, von der Klägerin Geburt zurückgerechnet, nicht fleischlich eingelassen habe.

Das Königl. Spruchcollegium zu Leipzig verurtheilte die Beklagten in einem am 26. September 1850 eröffneten Urthel dem Klaggesuche gemäß aus folgenden Gründen:

„Weil zwar inhalts des Bl. — in beglaubigter Abschrift ersichtlichen Pastoralzeugnisses Klägerin schon am 17ten Tage nach der am 12. Juni 1803 von Johann Christoph H. mit ihrer Mutter, Marien Sophien F., vollzogenen Trauung geboren worden, dennoch dafür, daß dieselbe für eine eheliche Tochter ernannten H.'s, dessen Ehe im Jahre 1814 wieder getrennt worden, anzusehen, die Präsumtion so lange spricht, als sie nicht durch den Beweis des Gegentheils widerlegt wird, da nach dem Allodialerbfolgegesetze vom 31. Januar 1829. §. 14. alle aus einer durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehe oder doch nach vorhergegangenen öffentlichen Verlöbnisse ihrer Eltern Gezeugte und Geborene, obschon die Ehe nachher geschieden oder für nichtig erklärt worden, für ehelich zu achten sind, folglich der Klägerin Anspruch auf ein Miterbrecht an dem Nachlasse ihres Vaters, in dessen Besitze sich nach pct. l. c. — die Beklagten [die zweite Ehefrau des defuncti und die mit dieser erzeugte Tochter] befinden, für hinreichend nachgewiesen zu achten ist;" —

Es behielt jedoch dabei den Beklagten den Beweis ihres gedachten Anführens mit dem Entscheidungsgrund vor, „da, wenn die Klägerin des Erblassers Tochter nicht ist, ihr auch das prätendirte Miterbrecht nicht gebührt", und setzte die Entscheidung über die Proceßkosten einstweilen aus.

Hiergegen appellirten beide Theile und insbesondere die Klägerin mit der Beschwerde, daß die Beklagten nicht unbedingt verurtheilt, sondern ihnen zuvor der fragliche Beweis nachgelassen worden. Ein am 6. Mai 1851 publicirtes Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu Zwickau bestätigte das gedachte Urthel allenthalben unter Compensation der Instanzkosten aus den nachbemerkten Rationen:

„Der Umstand, daß die Klägerin nach Ausweis des der erhobenen Klage zum Grunde gelegten Pfarrzeugnisses Bl. — am 29. Juni 1803 in einer Ehe geboren worden, welche erst am 12. desselben Monats zwischen ihrer Mutter und dem Ehemanne

und beziehentlich Vater der Beklagten, weil. Johann Christoph H., geschlossen worden ist, begründet allerdings die Vermuthung, daß die Klägerin von der Beklagten Erblasser erzeugt und demnach auch durch die nachfolgende Ehe legitimirt worden sei. Denn daß derartige kirchliche Zeugnisse das nächste und hauptsächlichste Moment sind, wornach der status familiae eines Menschen zu bestimmen sei, ist gesetzlich vorgeschrieben,

(m. s. die zum Generale, die Einrichtung der Kirchenbücher betr., vom 18. Februar 1799. gehörige Anweisung num. I.)

und selbst ohne besondere Rechtskenntniß einem Jeden so bekannt, daß man nicht umhin kann, vorauszusetzen, auch dem Erblasser der Beklagten sei dies bekannt gewesen und zugleich, daß das von seiner Ehefrau so kurze Zeit nach der Verheirathung geborne Kind als eheliches Kind werde in das Kirchenbuch eingetragen werden. Erwähnt nun das angezogene Pfarrzeugniß keines hiergegen von dem Erblasser erhobenen Widerspruchs, so ist man auch anzunehmen berechtigt, es sei derselbe damit einverstanden gewesen, daß die Klägerin als sein ehelich geborenes Kind in das Kirchenbuch eingetragen werde, und war er damit einverstanden, so hat er auch indirect anerkannt, die Klägerin sei von ihm gezeugt. Denn wer nicht widerspricht, wo zum Widerspruche dringend auffordernde Umstände ihm bekannt sind, erklärt sein Einverständniß eben dadurch, daß er den Widerspruch unterläßt. Jenes Eingeständniß des verstorbenen H. sind demnach auch die Beklagten, als dessen Erben, gegen sich gelten zu lassen verbunden, ausgenommen, sie könnten solches durch den ihnen nachgelassenen Beweis ihres exceptivischen Vorbringens Bl. — entkräften.

Haben nun auch die Beklagten in der eingereichten Schedul Bl. — gegen das vorige Urthel nicht appellirt, sondern nur Beschwerden aufgestellt, so stellen sich doch letztere, nach dem Vorbemerkten, als unerheblich dar, und es ist von ihnen deren Rechtfertigung nicht einmal versucht worden.

Aber auch zu der Klägerin Berufung war das vorige Urthel lediglich zu bestätigen, und es ist diesfalls Folgendes zu bemerken:

Die Rechtsregel: Pater est, quem justae nuptiae demonstrant, kann, wie

von Savigny, im Systeme des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2. S. 389.

erörtert und nachgewiesen hat, nur auf diejenigen Kinder angewendet werden, deren Mutter innerhalb der Nativitätsperiode oder eines Theiles derselben in einer gültigen Ehe gelebt hat.

Nun hat zwar diese dem älteren Römischen Rechte angehörende Regel in den Justinianischen Rechtsbüchern insofern eine Modification erlitten, als auch diejenigen Kinder einer in einer Ehe lebenden Mutter, sobald sie von dem Manne als von ihm erzeugt anerkannt worden sind, den ehelich geborenen gleichgestellt werden sollen. Allein es wird hierbei, wie auch die Bl. — berufenen Gesetzesstellen [c. 11. Cod. de natural. lib. (V, 27.), nov. 89. cap. 8.] klar an die Hand geben, ein ausdrückliches und bestimmtes Anerkenntniß erfordert, und es darf ebendeshalb, sobald dieses Anerkenntniß nicht direct vorliegt, sondern erst durch Hülfe von Schlußfolgerungen gefunden wird, der Beweis des Gegentheils niemals ausgeschlossen werden. Denn jene Rechtsregel befaßt nur eine praesumtio juris, welche blos so lange für wahr gehalten werden kann, als nicht die Illegitimität der Geburt nachgewiesen worden ist.

Etwas Anderes ist indeß auch in der Bl. — angezogenen §. 14. des die Allodialerbfolge betreffenden Mandats vom 31. Januar 1829 nicht vorgeschrieben, und namentlich kann, wie

Dr. Kritz, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, neue Folge, Bd. 6. S. 480.

ausführlich dargelegt hat, die Vorschrift:

daß für eheliche Abkömmlinge alle aus einer durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehe Gezeugte und Geborene zu achten seien,

nur mit Rücksicht auf obige Rechtsregel interpretirt und nur so verstanden werden:

daß dasjenige Kind, dessen Mutter während der Nativitätsperiode in einer Ehe nicht gelebt hat, nur dann als ehelich geborenes angesehen werden kann, wenn es von dem Ehemanne als von ihm erzeugt ausdrücklich anerkannt worden ist.

Auf ein solches Anerkenntniß der Klägerin Seiten des Erblassers der Beklagten hat jedoch in der vorliegenden Klage nicht Bezug genommen werden können, und es durfte demnach auch den Beklagten der Beweis der unehelichen Geburt der Klägerin nicht abgeschnitten werden."

Auch diese Entscheidung entbanden beide Theile von der Rechtskraft, und es wurde ihnen am 31. December 1851 ein Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts eröffnet, welches auf der Klägerin Berufung den in erster und zweiter Instanz der Verurtheilung der Beklagten annectirten Vorbehalt eines Ausflucht sbeweises in Wegfall brachte, die bisher aufgelaufenen, ingleichen die in dritter Instanz erwachsenen Kosten zwischen den Parteien aufhob, der Beklagten Appellation verwarf und, wie nachsteht, begründet war:

„Es erscheinen die Einwendungen der Beklagten gegen die Schlüssigkeit der Klage allerdings von keiner Erheblichkeit. Nach dem Bl. — in originalkräftiger Abschrift befindlichen, als integrirender Theil der Klage anzusehenden Kirchenzeugnisse sub B. ist Marie Sophie F. am 12. Juni 1803 mit dem damaligen Müller Johann Christoph H., dessen Identität mit dem verstorbenen Ehemanne und beziehentlich Vater der Beklagten nach demjenigen, was in dem kirchlichen Zeugnisse Bl. — unter A. auf Grund eines den Ausstellern vorgelegenen Taufzeugnisses attestirt worden, außer allen Zweifel beruht, getraut und siebenzehn Tage darauf, am 29. Juni 1803, also während dieser Ehe von einem Kinde entbunden worden, welches bei der Taufe die Namen „Eleonore H." erhalten hat und als dessen Vater der Ehemann der Entbundenen im Kirchenbuche bezeichnet ist, dessen Identität mit der als Klägerin aufgetretenen Eleonore verehelichten S. geb. H., auch theils bei der durch das gerichtliche Zeugniß Bl. — noch besonders bestätigten Uebereinstimmung des Namens vorauszusetzen, theils von Beklagten nicht bestritten worden ist.

In der Beziehung auf die so eben erwähnten Zeugnisse liegt also die Behauptung:

> daß Klägerin von der ersten Ehefrau des Erblassers der Beklagten während der Ehe — siebenzehn Tage nach deren Eingehung — geboren und auf den Namen des Erblassers der Beklagten getauft, dieser auch ausdrücklich als der Vater des Kindes in das Kirchenbuch eingetragen worden sei.

Ob ferner die Regel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, nur in der in den Entscheidungsgründen voriger Instanz bezeichneten Maaße zu verstehen und in demselben Sinne die Bestimmung in §. 14. des nurerwähnten Mandats:

> daß alle aus einer durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehe Gezeugte oder Geborene für ehelich zu achten seien,

aufzufassen sei, kann im vorliegenden Falle ganz dahin gestellt bleiben. Denn die Zweifel gegen die Legitimität eines Kindes, welches so kurze Zeit nach Eingang der Ehe geboren worden, daß die Zeugung nothwendig vor die Ehe zurückfallen muß, können lediglich die Paternitätsfrage betreffen, wogegen sowohl nach Römischem Rechte,

> cf. l. 11. Cod. de natural. liberis (V, 27.), nov. 89. cap. 8.

als insonderheit nach der angeführten Bestimmung des Mandats vom 31. Januar 1829 soviel außer allem Zweifel beruht, daß in vorausgesetzter Paternität des Ehemannes jedes auch noch so kurze Zeit nach Eingang der Ehe geborene Kind (mit alleiniger Ausnahme der im zweiten Satze der §. 14. bezeichneten) für ein eheliches zu achten ist und auf die Zeit des Empfängnisses etwas nicht ankommt. Daß aber der Erblasser der Beklagten die Klägerin als ein von ihm erzeugtes Kind anerkannt habe, also auch die Vaterschaft des Erblassers keines weiteren Beweises bedürfe, wenn er, wie das Kirchenzeugniß sub B. bezeugt, dasselbe auf seinen Namen taufen und sich als dessen Vater in das Kirchenbuch eintragen lassen, dies ist bereits in voriger Instanz mit überzeugenden Gründen nachgewiesen worden, und es mag in dieser Beziehung nur noch bemerkt werden, daß, wenn eine in der Ehe lebende Frauensperson niederkommt, die Taufe des Kindes und der erforderliche Eintrag in das Kirchenbuch der Natur der Sache nach gar nicht füglich ohne Vorwissen und Concurrenz des Ehemannes geschehen kann, dafern nicht ganz besondere, nicht vorauszusehende und vom Gegentheile zu beweisende Umstände (z. B. weite, längere Zeit dauernde Entfernung des Ehemannes) vorgelegen haben.

Gegen die Annahme der vorigen Erkenntnisse, daß der Klagegrund für eingeräumt zu erachten sei, haben Beklagte nicht gravaminirt. Es ist auch der vorigen Entscheidung, insofern Man diese Frage in Rücksicht auf die weiter gehende zweite Beschwerde der Beklagten für mit bevolvirt ansehen will, hierin völlig beizupflichten. Obwohl nämlich Beklagte Bl. — theils die Identität ihres Erblassers mit dem in dem Kirchenzeugnisse Bl. — erwähnten Johann Christoph H. geleugnet, theils auf das diese Identität außer Zweifel stellende kirchliche Zeugniß Bl. — verneinend sich eingelassen haben, so enthält doch ersteres keine factische Verneinung, sondern lediglich das Bestreiten einer aus den beigebrachten Zeugnissen sich ergebenden Folgerung, und in letzterer Hinsicht verdient die negative Einlassung keine Berücksichtigung, da die von den Geistlichen unter Beifügung ihres Amtssiegels ausgestellten Zeugnisse als öffentliche Documente zu gelten und volle Beweiskraft haben, dafern nur deren Inhalt, was auch bei dem Zeugnisse Bl. — der Fall ist, die Grenzen ihrer amtlichen Befugniß und Thätigkeit nicht überschreitet. Es erledigt sich auch das formelle Bedenken, ob in dem von der Klägerin angestellten ordentlichen Processe die mit der Klage überreichten, von den Beklagten nicht allenthalben eingeräumten Documente sofortige materielle Berücksichtigung finden dürfen, oder etwa zum Beweis der Klage mit Vorbehalt des Gegenbeweises interloquirt werden sollen, durch die hier einschlagenden Bestimmungen der Erl. P.-O. ad tit. I. §. 6. und der P.-O. tit. XXIV. §. 3. verb.: „Es wären dann" u

Somit kommt es nur noch darauf an, ob die von Beklagten vorgeschützte Ausflucht:

daß ihr Erblasser sich mit der Mutter der Klägerin innerhalb der gesetzlichen Nativitätsperiode fleischlich nicht eingelassen habe,

die in den vorigen Instanzen gefundene Berücksichtigung verdiene. Und dies hat bedenklich erscheinen müssen.

Der Umstand, daß der Erblasser der Beklagten die Klägerin auf seinen Namen taufen lassen und seiner Eintragung in das Kirchenbuch als den Vater des Kindes nicht widersprochen, begründet nicht nur eine durch den Beweis des Gegentheils zu beseitigende Präsumtion, daß die Klägerin wirklich aus einem anticipirten Beischlafe des Erblassers der Beklagten mit seiner ersten Ehefrau hervorgegangen sei; es wird hierdurch nicht nur die Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant — dafern Man deren Anwendbarkeit an sich mit der vorigen Instanz in Hinblick auf den kurzen, zwischen dem Eingang der Ehe und der Geburt des Kindes inneliegenden Zeitraum hier für bedenklich erachten will — ersetzt, sondern die Wirkung jener Umstände geht weiter. Sie enthalten, wie oben bereits nachgewiesen worden, ein auf concludenten Handlungen beruhendes factisches Anerkenntniß. Wie nun die Wirksamkeit eines solchen im Allgemeinen der eines ausdrücklichen Anerkenntnisses gleichsteht, so versteht es sich von selbst, daß die Beklagten, als die Erben desjenigen, von welchem das Anerkenntniß ausgegangen, nur mit solchen Ausflüchten dagegen gehört werden könnten, welche auch ihren Erblasser gegen die ihr Kindesrecht etwa in Anspruch nehmende Klägerin zugestanden haben würden. Hatte aber der Ehemann der Mutter der Klägerin letztere auf seinen Namen taufen, sich auch als ihren Vater in das Kirchenbuch eintragen lassen und hierdurch seine Vaterschaft factisch anerkannt, so würde derselbe zu Beseitigung dieses Anerkenntnisses zwar mit solchen thatsächlichen Einwendungen haben gehört werden können, durch welche die bezeichneten Umstände die Natur von concludenten, ein Anerkenntniß begründenden Thatsachen verlieren. Nicht aber kann diesem Anerkenntnisse gegenüber die Thatsache der Zeugung der Klägerin durch den Erblasser der Beklagten an sich weiter in Betracht gelangen. Hat Letzterer sich wirklich, wie Beklagte behaupten, innerhalb der gesetzlichen Nativitätsperiode mit der Mutter der Klägerin nicht eingelassen, so folgt hieraus an sich nur soviel, daß das Anerkenntniß des Erblassers der Beklagten der materiellen Wahrheit nicht entspreche, keineswegs verlieren die mehrerwähnten Umstände hierdurch ihre Eigenschaft als concludente, ein rechtsgültiges factisches Anerkenntniß begründende Handlungen. Es hat auch das Oberappellationsgericht früher und namentlich in dem von der Klägerin Bl. — angeführten Falle*) den Grundsatz angewendet, daß ein Ehemann, welcher das vor dem 182sten Tage nach Eingehung der Ehe geborene Kind auf seinen Namen taufen läßt, nachher zu Ausführung der Behauptung, daß er nicht Vater des Kindes sei, nicht zuzulassen sei.

Wie aus vorstehenden Gründen auf der Klägerin Appellation der der Verurtheilung der Beklagten beigefügte Vorbehalt eines Ausflüchtsbeweises in Wegfall zu bringen gewesen, so stellt sich der Beklagten Berufung hiernach von selbst als unerheblich dar.

Nach Wegfall des in den vorigen Instanzen vorbehaltenen Ausflüchtsbeweises ist nunmehr auch über die bisher erwachsenen Proceßkosten erster Instanz zu cognosciren gewesen, und mit Rücksicht auf die in der Sache liegenden Zweifel hat man sich zu deren Compensation veranlaßt gefunden, welche, was die in jetziger Instanz erwachsenen Kosten betrifft, keiner besondern Rechtfertigung bedarf."

Gegen diese Entscheidung remedirten die Beklagten. Es erfolgte aber ein bestätigendes Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts, publicirt am 29. Juni 1852, welches jedoch ebenfalls die letztinstanzlichen Kosten verglich. Dasselbe war folgendergestalt motivirt:

„Es kann sich jetzt lediglich um die Frage handeln, ob die als Einrede anzusehende Entgegnung der Klage fol. — den Beklagten zu beweisen nachzulassen oder ob das Erkenntniß fol. — — zu bestätigen sei.

Die Zulässigkeit des Rechtsmittels unterliegt keinem Zweifel, denn in dem Urthel fol. — war der Beweis des fol. — Vorgeschützten nachgelassen, dies auch in der zweiten Instanz fol. — bestätigt worden, wogegen die dritte Instanz auf Wegfall dieses Beweises erkannte. Dies Urthel ist den 31. December 1851 verkündet worden und am 10. Januar 1852 haben Beklagte dagegen appellirt.

Nach dem Zeugniß fol. — ist Johann Christoph H. mit Marien Sophien F. am 12. Juni 1803 getraut worden und bereits am 29. Juni 1803 die Eleonore H. geboren worden. Sie ist unter diesem Namen ins Kirchenbuch eingetragen, ebenso ist als Vater Johann Christoph H. bemerkt. Die Entgegnung der Beklagten besteht sec. fol. — lediglich darin, daß Johann

*) Oberappellationsgerichtserkenntniß vom 14. Januar 1846 in Sachen Johannen Christianen geb. Ruttloff gegen Christian Friedrich Ruttloff, ergangen beim vormal. Justizamte Chemnitz.

Christoph H. mit seiner Ehefrau, der Mutter der Klägerin, sich innerhalb der fol. — angegebenen Zeit nicht fleischlich vermischt habe. Diese Entgegnung hat man dem vorliegenden, nicht zu bezweifelnden Inhalte der Zeugnisse gegenüber als unbeachtlich angesehen, man hat sich auch nach nochmaliger Prüfung der Sache mit dieser Ansicht einzuverstehen gehabt.

Soviel steht fest, daß die Klägerin während der durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehe ihrer Mutter mit Johann Christoph H. geboren worden.

Aus dem Sinn und Geist der hier einschlagenden Gesetze, namentlich

L. 11. Cod. de naturalibus liberis junct. Novell. 89. cap. 8. und

Allodialerbfolgegesetz vom 31. Januar 1829. §. 14.

geht soviel hervor, daß die Geburt eines Kindes nach der Handlung, welche die Gesetze als Beginn der Ehe bezeichnen oder erfordern, in Sachsen also priesterliche Trauung,

man vergl. §. 14. u. 92. des Allodialerbfolgegesetzes, als eine eheliche anzusehen sei.

Hierdurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Ehemann, wenn er das Kind nicht als das seinige anerkennen will, die ihm deshalb rechtlich zuständigen Maaßregeln ergreifen könne; ist dies jedoch nicht geschehen und hat er sich namentlich als Vater in das Kirchenbuch oder Geburtsregister eintragen lassen, so liegt offenbar hierin auch seinerseits ein Anerkenntniß des Kindes, als eines von ihm erzeugten, und nun tritt die obenerwähnte Disposition der Gesetze ein, nach welcher ein Kind auch das Erbrecht ohne weitere Frage über seine Abstammung von dem Erblasser geltend machen kann. Es folgt hieraus, daß die Entgegnung fol. — zum Beweis nicht ausgesetzt werden konnte, weil sie, selbst wenn sie bewiesen, dem Rechte der Klägerin in keiner Weise entgegenstehen würde."

## 109.

**Auch in geringfügigen Rechtssachen ist das septiduum zu beobachten und namentlich die Einlassung und das Vorbringen von Ausflüchten an die gesetzliche Frist gebunden.**

Mitgetheilt von

Herrn **P. U.** in L.

In einer vor dem Stadtgerichte zu L. im J. 1834 anhängig gewordnen geringfügigen Rechtssache reichte Beklagter erst am siebenten Tage die Einlassungs- und Exceptionsschrift bei den Acten ein und wurde demzufolge in dem gesprochenen Bescheide der Klagbitte gemäß verurtheilt.

Auf hierauf mit Beziehung auf §. 5. des Mandats vom 28. November 1753 eingewendete Appellation Seiten Beklagtens erkannte das Königl. Appellationsgericht zu L.:

„Daß der Bl. — zu lesende Bescheid, in Betracht daß nach der richtigeren, vom Königl. Appellationsgericht consequent befolgten Meinung auch in geringfügigen Rechtssachen das septiduum zu beobachten und namentlich die Einlassung und das Vorbringen von Ausflüchten an die gesetzliche Frist gebunden ist, immaaßen die Worte in §. 5. des Mandates vom 28. November 1753,

„daß der Beklagte vor Abfassung des Decisi oder Versendung der Acten dasjenige, was er zur Ablehnung anzuführen vermeine, ebenfalls bei dessen Verlust beizubringen habe",

lediglich auf die Bescheinigungsfrist zu beziehen sind, eine Auslegung, welche sich schon deshalb als die richtigere empfiehlt, weil die jenen Worten unmittelbar vorausgehende Disposition desselben §. ebenfalls nur die Bescheinigung der Parteiverträge betrifft, wogegen §. 3. des angezogenen Mandates ausdrücklich vorschreibt, daß die Ladung auf die Klage unter dem gewöhnlichen Präjudize erlassen werden soll, und wenn sich für die entgegengesetzte, übrigens auch in der früheren Praxis bestrittene Meinung auf die Auctorität von

Haubold, Anleitung ꝛc., §. 47. sub 2.

berufen wird, hierbei nicht übersehen werden darf, daß dieser Schriftsteller ein Einbringen der Säze vor der Inrotulation der Acten ohne Innehaltung des septidui nur dann für unschädlich erklärt, wenn Seiten der anderen Partei eine Ungehorsamsbescheidigung nicht unternommen worden, eine Rechtsannahme, welche vor dem Erlasse des Gesetzes vom 27. October 1834 auch in causis arduis befolgt wurde, seit dem Erscheinen dieses Gesetzes aber, nach welchem die Nachtheile der Contumaz ipso jure eintreten, überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden kann — zu bestätigen, es werden jedoch die Kosten der zweiten Instanz, da es nicht an Schriftstellern fehlt, welche die unrichtige Meinung mit Bestimmtheit als die allein richtige bezeichnen,

z. B. Osterloh, summar. Proceß, §. 77.,

unter den Parteien aufgehoben."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 53.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 110.

Das Versäumniß an einer Appellation ist für condonirt zu erachten, wenn der Gegner dasselbe nicht rügt, sondern in materialibus refutirt.*) — Aus der Annahme der von einem Handwerker seinem Kunden von Zeit zu Zeit zugesendeten Rechnungen, verbunden mit der Annahme und dem Verbrauche der bestellten Gegenstände (z. B. Kleidungsstücke) und mit wiederholten neuen Bestellungen ähnlicher Arbeit folgt, wenn auch nicht unbedingt die Genehmigung jedes einzelnen Ansatzes, doch im Allgemeinen im Einverständniß mit der Art und Weise, wie die Rechnung gefertigt und die geleisteten Gegenstände berechnet waren.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

Die Wittwe und Universalerbin des Schneidermeisters H. in L. trat im Februar 1851 vor dem dasigen Stadtgericht gegen D. klagend unter dem Anführen auf, er habe auf seine vorgängige ausdrückliche Bestellung die in der beigelegten Rechnung sub A. speciell verzeichneten Kleidungsstücke zu den nebenbemerkten Zeiten und behandelten Preisen von ihrem Erblasser geliefert, resp. reparirt und verändert erhalten, solche nebst verschiedenen, mit der Klagbeifuge unter A. in den einzelnen Ansätzen genau übereinstimmenden Rechnungen ohne alle Ausstellung in Empfang genommen und benutzt, und sei dafür, so wie für die ebenfalls auf vorgängiges Verlangen verlagsweise verwendeten Stoffe und Zuthaten, nicht minder für eine auf seine Bestellung geschehene Fütterung eines Mantels für einen gewissen B. in R., auch einschließlich des Stoffs und der Zuthat, zusammen 192 Thlr. 16 Ngr. —₰ schuldig geworden, welche Summe von der Klägerin sammt Verzugszinsen, von eines jeden Kleidungsstücks Lieferungszeit an gerechnet, gefordert wurde. — Die Rechnung war ungefähr so gestellt:

„~~Sept. 12.~~ 1 Rock aufgearbeitet nebst Tuch 5 Thlr. 18 Ngr. —₰
1 schwarzseidene Weste gefertigt nebst Stoff u. Zuthaten 4 Thlr. 7 Ngr. —₰
1 Hose verändert — 15 Ngr. —₰
1 Paar Beinkleider gefertigt nebst Zuthat 1 Thlr. 20 Ngr. —₰
Dazu 2¼ Elle Tuch, à 2½ Thlr., 5 Thlr. 15 Ngr. —₰"

Bei einigen Kleidungsstücken war hinzugefügt: „lt. Uebereinkunft" oder „lt. Accord". Ueber die Klage sammt Beilage hatte Klägerin sich des Eidesantrags bedient. Die Einlassung erfolgte, mit Ausnahme der zugestandenen legit. ad caus. activa, durchgängig verneinend und es wurden an der Rechnung noch außerdem Ausstellungen aller Art gemacht, z. B. gegen den obenerwähnten ersten Ansatz; dieser sei zu allgemein, denn man könne nicht berechnen, was unter diesem Posten für Arbeitslohn und was für Auslage gefordert werde. Der Eid wurde ausdrücklich angenommen.

Die Klägerin wies diese Ausstellungen gegen die Specialität der Rechnung und deren einzelne Ansätze als unerheblich zurück, da die Ansätze doch billigerweise unmöglich nach dem Quentchen Seide oder Zwirn, die verwendet worden, geschehen könnten, sondern deren ortsübliche Höhe danöthig durch Gut-

*) Zeitschrift f. R. u. V. N. F. Bd. XII. S. 359. nr. 21.

achten Sachverständiger in rechtliche Gewißheit zu setzen sein würde, wäre nicht theilweise auf einen Accord in Ansehung des Preises, theilweise auf eine Annahme der einzelnen Kleidungsstücke sammt bezüglichen übereinstimmenden Rechnungen ohne Ausstellung Bezug genommen und der Eid eben hierüber angetragen worden, ein Umstand, der die Klage unzweifelhaft vor jeder Abweisung schütze. Uebrigens sprach Klägerin ihre Erwartung aus, daß es Beklagter nicht zur Eidesleistung kommen lassen werde, indem sie zwei angeblich vom Beklagten (einem Tuchhändler) herrührende Briefe mit einer auf 197 Thlr. 20 Ngr. — lautenden Rechnung desselben beibrachte, aus welchen deutlich hervorgehe, daß Beklagter die in der Klage erwähnte Geschäftsverbindung im Allgemeinen nicht in Abrede stelle, sondern sie nur mit Beziehung auf seine Gegenforderung negire. — Auf diese, allerdings sehr allgemein gefaßten Briefe erklärte sich Beklagter in der Duplik dahin: Was den Inhalt der sub D. und E. beigebrachten Briefe betreffe, so bezögen sich dieselben und die darin erwähnten Gegenforderungen auf ganz andere Geschäftsverbindungen, in denen er zum Erblasser der Klägerin gestanden; von einer indirecten Anerkennung der klägerischen Forderung durch diese Briefe könnte nicht die Rede sein ꝛc.

Ueber diese Ansprüche der Klägerin sind drei Erkenntnisse ergangen. Das erste vom Spruchcollegium gefällte Urthel, welches das Leipziger Appellationsgericht zum größten Theile reformirte, wurde zwar in dritter Instanz wieder hergestellt, doch auch hier zum Theil wieder aus andern Gründen.

Die ergangenen Entscheidungen lauten also:

Urthel I. Instanz, den 18. August 1851 publicirt.

„Weil die Ausstellungen, welche Beklagter an der Rechtsbeständigkeit von Klägerin, als der Erbin ihres verstorbenen Ehemannes, des Schneidermeisters H., gegen ihn angestellten Klage erhoben, rechtliche Beachtung nicht verdienen, da die Kleidungsstücke, welche H. für ihn verfertigt oder reparirt, mit genügender Bestimmtheit bezeichnet sind, und es zu weit führen würde, wenn man einem Handwerker, insonderheit dem Verfertiger von Kleidern, ansinnen wollte, bei jedem Stücke, welches er neu gefertigt oder ausgebessert, das dazu gelieferte Material ganz genau vom Arbeitslohne zu scheiden, zumal die Bestellung und Lieferung von dergleichen Gegenständen, wenn der Handwerker das Material dazu giebt, nicht sowohl als locatio conductio, sondern vielmehr als ein Kauf anzusehen ist, bei welchem es sich nur fragen kann, ob der vom Verkäufer geforderte und vorher nicht accordirte Preis ein der Sache angemessener sei oder nicht, worüber auf Verlangen des Käufers, wenn die Kleidungsstücke in natura vorhanden, das Gutachten von Sachverständigen, außerdem aber in der Regel ein Bestärkungseid des Verkäufers, daß der geforderte Preis derjenige sei, welchen er und andere Innungsgenossen des Orts ihren Kunden anzusetzen pflegten, entscheiden muß, nun aber im vorliegenden Falle, wo der Beklagte in der Einlassung eine jede diesfallsige Geschäftsverbindung mit H. in Abrede gestellt und den über die Klage und deren Beifuge sub A. angetragenen Eid ausdrücklich angenommen hat, die Entscheidung der Sache zunächst von Leistung dieses delati abhängig zu machen ist;

so ist derselbe diesen Eid in der Maaße:

daß er bei dem verstorbenen Schneidermeister H. zu L. die in der Rechnung sub A. einzeln aufgeführten Kleidungsstücke, oder auch nur das eine oder andere derselben für sich oder seinen Bedienten oder Burschen oder für einen gewissen B. in R. zu den in der Rechnung angegebenen Zeiten nicht bestellt und käuflich geliefert erhalten, noch auch dergleichen bei H. habe repariren lassen, er auch, soweit in der Rechnung auf Uebereinkunft und Accord Bezug genommen worden, weder über die angesetzten, noch auch über höhere oder geringere Preise *mit H. sich* geeinigt habe,

zu schwören schuldig — vor welcher Eidesleistung ihm jedoch die beigebrachten, zur Genüge anerkannten Briefe vorzuhalten sind, welche allerdings darauf schließen lassen, daß er mit H. in einer derartigen Geschäftsverbindung gestanden, und daß er den ganzen Klaganspruch nur mit Hinsicht auf die vorgeschützte Gegenforderung geleugnet habe — ingleichenfalls ist derselbe von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, und werden auch bei Leistung des Eides die Kosten des Processes billig compensirt."

Urthel II. Instanz, d. d. publ. 15. Juni 1852.

„Dieweil die Bl. — zu lesenden Einwendungen des Beklagten gegen die Statthaftigkeit der erhobenen Klage, soweit dieselbe die nicht auf Accord beruhenden Posten der Rechnung Bl. — betrifft, als durchgängig unerheblich, wie in voriger Entscheidung angenommen worden, nicht betrachtet werden können, wenn man erwägt, daß nach der Erläuterung der Klägerin in der Replik Bl. — das Anführen der Klage, wonach die in der Rechnung bemerkten Preise der Kleidungsstücke behandelte, d. i. ausdrücklich ausbedungene, sein sollen, sich nur auf diejenigen Posten bezieht, rücksichtlich deren auf eine Accordi-

rung des Preises besonders und ausdrücklich Bezug genommen worden ist, wogegen im Uebrigen die in der Klage behauptete Annahme der einzelnen Kleidungsstücke sammt bezüglichen übereinstimmenden Rechnungen Seiten des Beklagten die rechtliche Grundlage der gemachten Preisansätze abgeben soll;

hiernächst einer Seits selbst in dem Falle, wenn Beklagter die fraglichen Gegenstände jedesmal gleichzeitig mit der die Preisangabe enthaltenden Rechnung übergeben erhalten und angenommen hätte, hieraus die Vermuthung seines Einverständnisses mit den in der Rechnung angegebenen Preisen offenbar nur hinsichtlich derjenigen Posten der Klagbeifuge hergeleitet werden könnte, bei welchen ihm von dem Erblasser der Klägerin nicht blos die Arbeit, sondern auch das ganze Material dazu geliefert worden ist, folglich, wie die erste Instanz bemerkt hat, ein Kaufcontract, nicht aber das Verhältniß einer locatio conductio unter den Parteien bestanden hat, indem Beklagter nur insoweit in der Lage gewesen ist, im Falle der Nichtgenehmigung der geforderten Preise seinen desfallsigen Widerspruch nicht blos erklären, sondern auch, dafern der Verkäufer auf dem anfänglich verlangten Preise demungeachtet beharret, nach Befinden durch Rückgabe der Kleidungsstücke selbst geltend machen zu können, wogegen in Betreff der ihm der Substanz nach zugehörigen, von dem Erblasser der Klägerin lediglich bearbeiteten Effecten ein Gleiches offenbar unthunlich gewesen ist, da selbst insoweit, als hierunter die Grundsätze der Specification überhaupt eintreten könnten, dem Beklagten nicht angesonnen werden mögen, sich des Retentionsrechtes, das ihm wegen des Anspruches auf Ersatz des Werthes der verarbeiteten Materie unzweifelhaft zugestanden haben würde,

l. 27. §. 14. in fin. D. ad leg. Aquil.

l. 23. §. 5. D. de rei vind.

Donelli, comment. de jur. civ., lib. IV. cap. 12. §. 10. ed. König-Bucher.

durch Rückgabe der Sachen ohne Weiteres zu begeben, nun aber die Klagbeifuge A. nicht wenige Posten der letztgedachten Art mit umfaßt, von welchen deshalb die vorangezogene Vermuthung schon an sich nicht gelten könnte,

anderer Seits in dem Anführen Bl. —, es habe Beklagter Kleidungsstücke nebst verschiedenen, mit der Klagbeifuge in den einzelnen Ansätzen genau übereinstimmenden Rechnungen ohne alle Ausstellung in Empfang genommen, keineswegs die bestimmte Behauptung ausgesprochen ist, daß dem Beklagten bei Uebergabe jeder einzelnen von den in der Klagbeifuge angegebenen, einen mehrjährigen Zeitraum umfassenden zahlreichen Lieferungen stets auch eine Rechnung darüber gleichzeitig zugestellt, und Beklagter dadurch in den Stand gesetzt worden sei, sich über die Angemessenheit der ihm berechneten Preise sofort bei der Annahme zu unterrichten, sowie darüber, ob er dieselben gewähren wolle oder nicht, rechtzeitig zu erklären, ohne die Gewißheit dieser Thatsache aber von der rechtlichen Voraussetzung auszugehen ist, daß die Interessenten durch Ablieferung und Empfangnahme der betreffenden Kleidungsstücke darüber sich einverstanden erklärt haben, daß die dafür von dem Beklagten zu bezahlende Entschädigung nachmals unter ihnen vereinbart, oder, dafern dazu nicht zu gelangen, durch richterliches Ermessen, beziehentlich Sachverständiger Urtheil, in der dem Werthe der Leistung nach den hierbei einschlagenden Verhältnissen entsprechenden Maaße festgestellt werden solle,

l. 22. D. de praescr. verb.

nun aber von selbst einleuchtet, daß es dem Erblasser der Kläger nicht frei gestanden, von dieser Modalität der Preisermittelung, welcher er sich durch die Lieferung seiner Arbeiten ohne vorgängige oder gleichzeitige Notification der von ihm verlangten Preisansätze präsumtiv unterworfen gehabt, nachmals einseitig wieder abzugehen, und den Beklagten durch spätere Zustellung von Rechnungen zu Bezahlung der von ihm willkürlich und einseitig bestimmten Preise verbindlich zu machen;

weiter aus der Anwendung dieser Grundsätze auf die einzelnen Posten der Klagbeifuge A. von selbst folgt, daß bei dem Mangel einer speciellen Angabe derjenigen von ihnen, hinsichtlich deren eine factische Vereinbarung der Bl. — angesetzten Preise in der oberwähnten Maaße angenommen werden könnte, die Preisansätze Bl. — mit alleiniger Ausnahme der dem Klagvorbringen zufolge auf ausdrücklicher Vereinbarung beruhenden, nur durch richterliche, auf das Gutachten Sachverständiger sich stützende Entscheidung, wie Klägerin sich dessen eventuell beschieden hat, ermittelt werden können, die rechtliche Möglichkeit dieser Entscheidung jedoch der Natur der Sache nach dadurch bedingt ist, daß die thatsächlichen Unterlagen, welche zu der Begutachtung durch Sachverständige für unerläßig zu achten, von der Klägerin in der Maaße bereits beigebracht sind, daß deren Existenz, der durchgängig negativen Klagbeantwortung gegenüber, durch den über den Grund der Klage sammt Beifuge angetragenen Eid festgestellt werden kann, immaaßen durch den Ausspruch der Sachverständigen zu einer sententia certa offenbar nicht zu gelangen sein würde, so lange die für diesen Ausspruch voraussichtlich maaßgebenden Thatumstände unter den Parteien

noch ſtreitig ſind, nun aber die von dem Beklagten gemachten Ausſtellungen gegen die Allgemeinheit und Unbeſtimmtheit der Klagbeifuge A., zumal mit Rückſicht auf den über Letztere gebrauchten Eidesantrag, wenigſtens in der Hauptſache als begründet ſich darſtellen, immaaßen es theils an einer ausreichenden Bezeichnung der einzelnen Arbeiten und ihres Umfanges (vergl. die Poſten 3. 12. ꝛc.), theils an einer genügenden Angabe darüber, wie viel von den angeſetzten Beträgen auf das Arbeitslohn, und wie viel dabei auf die verwendeten Materialien zu rechnen ſei, mit Ausnahme der 4ten Poſt Bl. — ꝛc. durchgängig gebricht, gleichwohl die Trennung der betreffenden Anſätze in der Berechnung bei der verſchiedenen rechtlichen Natur derſelben wenigſtens in der Regel um deswillen für erforderlich zu achten iſt, weil es bei dem Anſpruche auf Erſatz des Werthes der von dem Arbeiter verwendeten Materialien zunächſt und hauptſächlich darauf ankommt, daß ſie zu der Arbeit in der behaupteten Maaße wirklich verwendet worden ſind, das Urtheil Sachverſtändiger aber nicht über dieſe rein thatſächliche Frage, ſondern höchſtens darüber entſcheiden kann, ob die behauptete Verwendung als eine nothwendige oder ſachgemäße anzuſehen ſei, hiernach aber die betreffenden Poſten der Klagbeifuge zwar inſoweit genügend ſpecialiſirt erſcheinen, als dabei an Materialien lediglich der Anſatz für ſogenannte Zuthaten in Frage kommt (vergl. die Poſten 4. 9. ꝛc.), da die Sachverſtändigen vermöge ihrer Sachkenntniß den Betrag und Werth derjenigen Verwendungen, welche zu der Herſtellung der in Rede ſtehenden Arbeit ſchlechterdings unentbehrlich ſind, vorausſetzlich kennen, und nach dieſem allgemeinen Maaßſtabe die Angemeſſenheit der dafür berechneten Beträge zu beurtheilen vermögen, dagegen die Füglichkeit einer ebenmäßigen Begutachtung in Anſehung aller derjenigen Poſten nicht angenommen werden kann, bei welchen außerdem beſondere Verwendungen, namentlich an Stoff, zugleich mit dem Arbeitslohne unter Einem Anſatze zuſammengefaßt zu befinden (vergl. die Poſten 1. 2. ꝛc.), da hierunter dem Geſtändniſſe der Klägerin zufolge beſondere Verhältniſſe eintreten, welche bei der Denkbarkeit namhafter Verſchiedenheit jedes einzelnen Falles nach einem allgemeinen Maaßſtabe begreiflich nicht bemeſſen werden können, und daher von der Klägerin genauer, als geſchehen, anzugeben geweſen wären;

endlich aus dieſen Erwägungen folgt, daß die erhobene Klage nur hinſichtlich

a) der auf Accord beruhenden, Bl. — angegebenen, ſowie der Bl. — bemerkten 4ten und 5ten Poſt, ingleichen

b) hinſichtlich der genügend ſpecialiſirten Poſten 4. ꝛc. Bl. —

aufrecht zu erhalten iſt, ſonach die vorige Entſcheidung, ſoweit ſie in Anſehung der vorerwähnten Poſten die Entbindung des Beklagten von der erhobenen Klage von dem darüber deferirten Eide abhängig gemacht, ſowohl auf den bemerkten Vorhalt bei der Eidesleiſtung erkannt hat, im Weſentlichen zu beſtätigen geweſen, da gegen den erwähnten Vorhalt eine Beſchwerde nicht vorliegt, auch das Verlangen der Klägerin, daß der Bl. — aufgeſtellten Appellationsbeſchwerde gemäß in dem Erkenntniſſe zugleich der weder vorauszuſetzende, noch ſeinen ſpeciellen Umſtänden nach im Voraus zu überſehende Fall der Nichtleiſtung des erkannten delati berückſichtigt werden möge, dem bekannteſten, durch die Natur der Sache gerechtfertigten Urtheilsſtyle zuwiderläuft, im Uebrigen jedoch zu Vermeidung von Irrungen es angemeſſen erſchienen iſt, die vorige Entſcheidung der Form nach völlig aufzuheben;

ſo iſt es bei dem am 18. Auguſt 1851 publicirten Urthel beziehentlich auf die von dem Beklagten eingewendete Appellation nicht zu laſſen; würde vielmehr Beklagter den angetragenen, angenommenen Eid und zwar zu E.-P. 1. 5. ꝛc. in der Maaße,

> daß der Erblaſſer der Klägerin H. *die in den* vorerwähnten Einlaſſungspunkten angegebenen Schneiderarbeiten und Reparaturen auf ſeine, des Beklagten, Beſtellung für ihn, den Beklagten, oder ſeinen Bedienten oder Burſchen oder den Bl. — genannten B. in R. nicht gefertiget, noch geliefert habe,

oder, dafern er dieſen Eid in Anſehung der in E.-P. 34. ꝛc. erwähnten Poſten nicht zu leiſten vermöchte, zu E.-P. 4. ꝛc. dahin,

> daß er mit dem Erblaſſer der Klägerin wegen der in den vorerwähnten Einlaſſungspunkten bemerkten, oder höherer oder geringerer Preiſe ein Uebereinkommen nicht getroffen habe,

ſchwören, wobei ihm jedoch zuvor der Inhalt der einzelnen Einlaſſungspunkte und der Bl. — beigebrachten Briefe ſpeciell vorzuhalten iſt, ſo iſt derſelbe von der erhobenen Klage, ſoweit dieſelbe die in der Klagbeifuge A. angegebene 4te ꝛc., nicht minder die 7te ꝛc., ingleichen die 1ſte ꝛc. Poſt betrifft, zu entbinden und loszuzählen. Dahingegen hat das Suchen der Klägerin, ſoweit es auf ein Mehreres gerichtet iſt, in der angebrachten Maaße nicht Statt, es iſt auch ſolchenfalls Klägerin die in erſter Inſtanz erwachſenen Proceßkoſten dem Beklagten zu erſtatten verbunden, und erledigt ſich hierdurch die Appellation der Klägerin.

Die Kosten der Appellationsinstanz werden, da beide Theile gegen die vorige Entscheidung remedirt haben, compensirt."

Urthel III. Instanz, d. d. publ. 18. Januar 1853.

„Daß es nicht bei gedachtem Urthel, sondern bei dem fol. — zu lesenden Erkenntnisse erster Instanz zu lassen. Und sind die durch das eingewendete Rechtsmittel verursachten Unkosten unter den Parteien gegeneinander aufzuheben.

Gründe:

Die eingewendete Berufung ist zwar erst nach verflossener Gerichtszeit des zehnten Tages nach Bekanntmachung des angefochtenen Urthels zu den Acten eingereicht worden, und Klägerin hat deshalb um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten, auch zu Unterstützung dieses Gesuchs Verschiedenes beigebracht. Da jedoch Beklagter, ungeachtet er die Verspätigung aus dem Präsentate des ihm zugefertigten Duplicats der Appellationsschrift hat ersehen können, dieselbe nicht gerügt, sondern lediglich auf das Materielle der Sache seine Widerlegungsschrift gerichtet hat, so ist hierauf nicht näher einzugehen, sondern das Versäumniß für stillschweigend verziehen zu achten gewesen.

vergl. Kind, quaest., Tom. III. cap. 65. ed. 2.

In der Hauptsache hat Man der Entscheidung erster Instanz beizutreten, und dem Bedenken, welches gegen die Statthaftigkeit der Klage in mehreren Punkten erhoben worden ist, ein entscheidendes Gewicht nicht beizulegen gehabt. Denn um die Klage zu begründen, ist es nicht schlechterdings erforderlich, daß Beklagtem bei jeder Ablieferung von Kleidungsstücken gleichzeitig eine Rechnung zugestellt worden sei, sondern es reicht aus, wenn ihm nur wenigstens von Zeit zu Zeit, während des langen Zeitraums, wo Klägerin erster Ehemann und Erblasser, nach ihrer Versicherung, für Beklagten gearbeitet hat, eine solche Rechnung zugesandt worden ist. Aus deren Annahme, verbunden mit der Annahme und dem Verbrauch der Kleidungsstücke, und mit wiederholten neuen Bestellungen ähnlicher Arbeiten, folgt, wenn auch nicht unbedingt die Genehmigung jedes einzelnen Ansatzes, doch im Allgemeinen ein Einverständniß mit der Art und Weise, wie die Rechnung gefertigt und die gelieferten Gegenstände berechnet waren. Daß aber Beklagter von Zeit zu Zeit dergleichen Rechnungen erhalten habe, folgt deutlich aus den Worten der Klage,

> Beklagter habe solche Kleidungsstücke nebst verschiedenen, mit der Klagbeifuge unter A. in den einzelnen Ansätzen genau übereinstimmenden Rechnungen in Empfang genommen und benutzt.

Und so läßt sich, die Wahrheit dieses Anführens vorausgesetzt, keineswegs mit Grunde behaupten, daß Klägerin Erblasser durch spätere Zustellung von Rechnungen zu Bezahlung blos einseitig und willkürlich von ihm bestimmter Preise Beklagten habe verbindlich machen wollen.

Die in den vorigen Gründen gemachten Unterscheidungen zwischen den Fällen, wo der Besteller einen Theil des Materials zu der Arbeit hergegeben, und demjenigen, wo der Kleidermacher das ganze Material selbst geliefert hat, sowie zwischen den sogenannten Zuthaten, welche sich insgemein gleich bleiben und nach der Gattung des Kleidungsstücks leicht beurtheilt werden können, und dem Stoffe, welcher nach Qualität und Quantität sehr verschieden ist, sind zwar an und für sich ganz richtig. Allein sie passen nicht auf den gegenwärtigen Fall, wo es dem Vertragsverhältnisse, wie es unter den Betheiligten factisch sich gestaltet, widersprechen würde, jetzt noch eine so genaue Beschreibung jeden Stückes und seiner Zubehörungen erfordern zu wollen, wie es z. B. geschehen könnte, wenn nur die Bezahlung der ersten Lieferung, welche Beklagter erhalten, in Frage wäre.

Nach der Beilage A. hat Beklagter von dem Schneidermeister H., als dessen Erbin Klägerin auftritt, am 12. September 1835 die erste Partie Kleidungsstücke gefertigt erhalten, und so in jedem folgenden Jahre mehrere bis zu dem 24. December 1841, mit welchem die Rechnung schließt. Hätte nun Beklagter gegen die ihm während dieser langen Zeit zugestellten verschiedenen Rechnungen Ausstellungen zu machen gehabt, oder speciellere Ansätze verlangen wollen, so hätte es ihm freigestanden, es damals zu thun, wo die Erinnerung an die nähern Umstände, auf die es ankam, noch neu und genanntem Erblasser es noch möglich war, die Rechnung zu erläutern und zu vervollständigen. Beklagter hat zwar den 10ten Abschnitt der Einlassung geleugnet, neg. ohne alle Ausstellung, aber nicht angegeben, wenn und wie und welche Ausstellungen er geltend gemacht habe, auch noch jetzt nicht behauptet, daß die Ansätze in der gedachten Beifuge übermäßig seien. Indem er, wie die Klage anführt, in jedem Jahre neue Arbeiten bei H. bestellte und von ihm annahm, hat er seine fortgesetzte Zufriedenheit mit denselben an den Tag gelegt, und dieser widerspricht die strenge Beurtheilung, welche er nunmehr erst auf die formelle Prüfung der Rechnung angewendet wissen will. Der Vorwurf, welchen er gegen den Erblasser der Klägerin wegen der lange

verzögerten Geltendmachung seiner Ansprüche gegen ihn vorbringt, trifft vielmehr ihn selbst, wenn er einen so vieljährigen Zeitraum hat verstreichen lassen, ohne der Verbindlichkeit, von welcher die Klage handelt, nachzukommen.

Aus diesen Gründen ist die Entscheidung, wie geschehen, lediglich von dem angetragenen Eide abhängig zu machen, und zugleich wegen dieser Abänderung auf Compensation der Unkosten des Rechtsmittels zu sprechen gewesen."

## 111.

Wenn im Wege des Executivprocesses rückständige Pachtgelder eingeklagt werden, so steht dem Abpachter, dafern er behauptet, daß der erpachtete Gegenstand nur theilweise unbenutzbar geworden, lediglich ein Anspruch auf die ihm hierdurch erwachsenen Schäden zu. — Der Verzicht auf die Einrede des nicht erfüllten Contracts Seiten Beklagtens befreit Klägern vom Nachweis des seiner Seits erfüllten Contracts.

Mitgetheilt von
Herrn Act. H. in B.

Die Stadtcommun zu B. hatte an den Rathskellerpachter X. zu B. die im Rathhaus zu B. gelegenen, der dasigen Commun eigenthümlich zugehörigen Localitäten nebst Inventar auf die Zeit vom 1. Januar 1849 bis zum 31. December 1854 gegen einen jährlichen Pachtzins von 228 Thalern verpachtet.

In dem über dieses Pachtverhältniß gerichtlich abgeschlossenen Pachtcontract hatte Abpachter X. sämmtliche Pachtlocalitäten und Inventarienstücke richtig und in brauchbarem Zustande erhalten zu haben bekannt, der Einrede des Seiten des Verpachters nicht erfüllten Contracts ausdrücklich entsagt, auch sich anheischig gemacht, während der Pachtzeit die Pachtlocalitäten auf seine Kosten in gutem Stande zu erhalten.

Im Frühjahr 1853 hatte Abpachter X. den Gerichten zu B., als Sicherheitspolizeibehörde, angezeigt, daß der Zustand des von ihm pachtweise besessenen Rathhauses nach dem Urtheile Sachkundiger ein so schadhafter und baufälliger sei, daß derselbe nicht allein die Benutzung der Pachtlocalitäten für die Pachtzwecke unmöglich mache, sondern auch für das verkehrende Publikum als gefahrdrohend erachtet werden müsse.

Auf diese Anzeige war Gerichtswegen unter Zuziehung eines Bausachverständigen eine Besichtigung des Rathhauses veranstaltet worden, und hatte hierbei der adhibirte Sachverständige sich dahin erklärt, daß das Rathhaus sich in einem so ruinösen Zustande befinde, daß eine Reparatur desselben unthunlich, die Abtragung desselben aber sobald als möglich zu bewerkstelligen und mittlerweile das Tanzmusikhalten, sowie die fernere Ausübung des Schankbefugnisses in dem Rathskellerlocal polizeilich zu verbieten sein dürfte.

Die Gerichte zu B. enthielten sich — da der Stadtrath zu B. als Verpachter in der Sache Nichts that — zwar hierauf weiterer Entschließung, zeigten jedoch die Sache der Königl. Kreisdirection zu L. an, von welcher die Königl. Amtshauptmannschaft zu G. beauftragt wurde, die angeblich ruinöse Beschaffenheit des Rathhauses an Ort und Stelle zu erörtern, zugleich mit der Ermächtigung, diejenigen polizeilichen Maaßregeln, welche nach den örtlichen Verhältnissen geboten erscheinen würden, insbesondere nach Befinden die sofortige Einstellung des Schankbetriebes und des Abhaltens von Tanzvergnügungen in dem baufälligen Rathhausgebäude anzuordnen.

Die Königl. Amtshauptmannschaft zu G. hatte hierauf den Stand der Sache unter Zuziehung eines Sachverständigen weiterer Prüfung unterworfen, und auf Grund des Befunds und des abgegebenen Sachverständigen-Gutachtens zwar *unbedenklich* befunden, die Fortsetzung des Betriebs der Schankwirthschaft in den Parterreräumen des Rathhauses vor der Hand noch und bis auf Weiteres geschehen zu lassen, dagegen die Abhaltung von Tanzvergnügungen in dem im obern Stockwerk befindlichen Saale, sowie überhaupt dessen Benutzung zu größern, zahlreichen Zusammenkünften untersagt, und die Abtragung eines über dem Eingange ins Rathhaus an der Vorderfronte angebauten Erkers angeordnet.

Der Stadtrath zu B. war diesem allenthalben nachgekommen, hatte jedoch im November 1853 den Abpachter W., der inmittelst den von Weihnachten 1852 bis Michaelis 1853 verfallenen Pachtzins von zusammen 171 Thalern unberichtigt gelassen, aus dem zwischen ihm und Abpachterm abgeschlossenen Pachtvertrag im Wege des Executivprocesses verklagt.

Der Beklagte recognoscirte im Güte- und Rechtstermine die der Klage zu Grunde gelegte Pachturkunde, schützte aber die Einrede des Seiten Klägers nicht erfüllten Contracts vor, berief sich zu deren Begründung auf die angeführten Thatsachen, und bezog sich zugleich auf die deshalb bei dem Proceßgericht und der Königl. Amtshauptmannschaft zu G. betreffs der über die ruinöse Beschaffenheit des Rathhauses angestellten Erörterungen ergangenen Acten.

Nach abgesetztem Verfahren wurde sodann den Parteien am 23. März 1854 folgender Bescheid publicirt:

„Dieweil aus der der Klage zum Grunde gelegten, Bl. — Actor. in gerichtlich beglaubigter Abschrift ersichtlichen Urkunde, welche als eine gerichtliche des Anerkenntnisses nicht bedurfte, deren Original aber zum Ueberfluß von Beklagtem im Güte- und Rechtstermine Bl. — ausdrücklich anerkannt worden, hervorgeht, daß Kläger die in besagter Urkunde näher bezeichneten, im Rathhaus zu B. gelegenen, der dasigen Commun eigenthümlich zugehörigen Localitäten nebst den in dem Verzeichnisse sub ⊙ Bl. — specificirten Inventarienstücken auf die Zeit vom 1. Januar 1849 bis zum 31. December 1854 gegen einen jährlichen Pachtzins von 228 Thlrn. —⁄— an Beklagten verpachtet, diesem auch, wie Bl. — bekannt worden, sämmtliche Pachtlocalitäten und Inventarienstücke richtig und im brauchbaren Zustande übergeben hat, hiernächst es der Rechtsbeständigkeit und Schlüssigkeit der erhobenen Klage keinen Eintrag zu thun vermag, daß Kläger den Umstand, daß er den nach Inhalt der Contractsurkunde übernommenen Verbindlichkeiten allenthalben nachgekommen sei, besonders nachzuweisen unterlassen, anerwogen es, da der Beklagte Bl. — in der angezogenen Urkunde der Ausflucht des nicht erfüllten Contracts ausdrücklich entsagt hat, nicht einmal dieses Beweises bedarf,

vergl. Anhang zur Erl. Proc.-Ordn. §. 4.
Kori, Executivproceß, Aufl. II. §. 15.
Osterloh, summar. Proceß, §. 32. not. 7. und §. 37. not. 6.

die Bl. — von Beklagtem zu Begründung der von ihm vorgeschützten Ausflucht des nicht erfüllten Contracts angeführten Umstände aber, rücksichtlich deren noch zur Berichtigung hinzuzufügen, daß, wie auch die Fassung des Bl. — Act. ersichtlichen Attestes ausweist, die diesfallsige Verfügung von der Königl. Amtshauptmannschaft zu G. nicht an Beklagten, sondern an Klägern ergangen, — Beklagten ebensowenig von der libellirten Pachtgelderforderung zu liberiren vermögen, da, wenn der Verpachter dem Abpachter die gänzliche oder theilweise Benutzung der verpachteten Sache nur während eines Theils der Contractzeit nicht gewährt, daraus in der Regel nicht ohne Weiteres das Recht des Abpachters entspringt, die Entrichtung des Pachtzinses überhaupt zu verweigern, indem sein Recht zunächst nur auf Erfüllung des Contracts, auf resp. theilweise Befreiung vom Pachtzinse auf die Zeit, während welcher er die erpachtete Sache gar nicht oder nur theilweise zu benutzen durch den Verpachter behindert gewesen, und auf Ersatz der erweislichen Schäden geht,

vergl. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. VIII. S. 93.

eine Kürzung des libellirten Pachtgeldes nach dem Verhältniß und der Zeit der Behinderung Beklagtens in der Benutzung der einzelnen Theile des Pachtgrundstückes, welche nur auf Grund eines vorher eingeholten Gutachtens Sachverständiger erfolgen könnte, aber schon um deswillen, weil der gegenwärtige Rechtsstreit in den Formen des Executivprocesses verhandelt wird, unterbleiben muß; endlich auch noch betreffs jener von Beklagtem vorgeschützten Ausflucht in Betracht kommt, daß Beklagter Bl. — sich verpflichtet hat, die Pachtlocalitäten und Inventarienstücke während der Pachtzeit selbst auf eigne Kosten in gutem Stande zu erhalten und niemals unter irgend einem Vorwande Remiß am Pachtgelde zu verlangen;

so ist Beklagter Klägerm die geklagten 171 Thlr. —⁄— nebst Zinsen des Verzugs, von eines jeden Termins Verfallzeit an gerechnet, zu bezahlen, auch demselben die auf diesen Proceß verwendeten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten ab- und resp. zu erstatten schuldig."

Gegen diesen Bescheid appellirte Beklagter, und es wurde hierauf am 4. August 1854 den Parteien folgendes Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig publicirt:

„Dieweil auch in der gegenwärtigen Instanz zu einer dem Beklagten günstigeren Entscheidung nicht zu gelangen gewesen, immaaßen, befinden sich auch die Seiten des Klägers an den Beklagten verpachteten Localitäten nach Bl. — in einem höchst baufälligen Zustande, doch nach Bl. — hierdurch und in Folge der Anordnung der Amtshauptmannschaft zu G. dem Beklagten die Benutzung der fraglichen Localitäten nicht gänzlich entzogen, sondern demselben diesfalls nur Beschränkungen auferlegt worden, indem ihm nach Bl. — der Fortbetrieb der Schankwirthschaft in den Parterreräumen des Rathhauses zu B. gestattet gewesen, nun aber in einem Falle, wie dem vorliegenden, wo in dem Wege des Executivprocesses rückständiger Pachtzins eingeklagt wird, der Abpachter die Zahlung des gefälligen Zinses, oder eines Theiles desselben nur dann zu verweigern berechtigt ist, wenn er sofort nachzuweisen vermag, daß er das Pachtobject während der ganzen Pachtzeit oder wenigstens während eines Theiles derselben wegen dessen schlechter Beschaffenheit oder wegen sonstiger Seiten des Verpachters herrührender Hindernisse, gar nicht zu benutzen im Stande gewesen, während ihm, dafern er, wie hier, behauptet, daß der erpachtete Gegenstand nur theilweise unbenutzbar geworden, lediglich ein Anspruch auf die ihm hier-

durch erwachsenen Schäden zusteht, und nun Beklagter Bl. — sich zwar darauf berufen, daß ihm durch den ruinosen Zustand des Rathskellers zu B. ein Schade von 800 Thlrn. —⁄— entstanden sei, ohne jedoch selbigen irgendwie speciell zu quantificiren und zu bescheinigen, übrigens Beklagter in §. 3. des der erhobenen Klage zu Grunde gelegten Pachtcontractes die erpachteten Localitäten richtig und in brauchbarem Zustande übergeben erhalten zu haben bekannt, und in §. 11. jenes Contracts der Einrede des nicht erfüllten Contracts ausdrücklich entsagt hat, mithin dem Kläger der Nachweis des seiner Seits erfüllten Contracts nicht obgelegen, unter diesen Umständen aber ganz von der Frage abgesehen werden kann, inwiefern durch die Uebernahme des Pachtobjects in baufälligem Zustande Seiten Beklagtens, sowie durch die von dem Beklagten in §. 3. des Pachtcontracts übernommene Verpflichtung, die erpachteten Localitäten in gutem Zustande zu erhalten, und die Erklärung Beklagtens in §. 7. desselben, daß er niemals unter irgend einem Vorwande einigen Remiß am Pachtgelde verlangen, oder sonst eine Entschädigung wegen erlittener Unglücksfälle fordern wolle, ein diesfallsiger Entschädigungsanspruch des Letzteren ausgeschlossen sein würde,

so ist der Bl. — ersichtliche, am 23. März 1854 publicirte Bescheid, der von dem Beklagten eingewendeten Appellation ungeachtet, zu bestätigen. Es werden jedoch die Kosten der Appellationsinstanz billig unter den Parteien aufgehoben."

## 112.

### Ueber das Wesen und die Einrichtung des rücksichtlich der Subhastationsmasse vorgeschriebenen Vertheilungsplans.

Mitgetheilt von

Herrn Dr. J. in L.

Hierüber hat sich das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig in einer Verordnung vom 27. October 1853 in folgender Weise ausgesprochen:

„Das Königliche Appellationsgericht befindet den abgefaßten Vertheilungsplan weder der Sachlage, noch den gesetzlichen Vorschriften des Gesetzes vom 6. November 1843 und §. 29. der Verordnung vom 15. Februar 1844 entsprechend.

Die Aufgabe eines solchen Vertheilungsplans ist nämlich keineswegs, wie das Gericht angenommen zu haben scheint, die, lediglich die Rangordnung der Hypothekengläubiger festzustellen. Eine solche Feststellung, welche hinsichtlich der Gläubiger aller Arten in dem Falle eines förmlichen Concurses der Locatoria anheimfällt, bedarf es, insofern es sich nur um eine Vertheilung der Subhastationsmasse handelt, in der Regel aus dem Grunde nicht, weil im Zweifel hierüber das betreffende Folium klare Maaße giebt.

Vielmehr muß ein solcher Vertheilungsplan im Wesentlichen dem entsprechen, was in dem Concurse unter den Begriff einer Distributoria fällt. Hierbei wird diejenige Unterlage, welche für letztere die Locatoria gewährt, eben durch das Folium erzielt. Bietet letzteres zu Zweifeln Anlaß, so muß natürlich das betreffende Rechtsverhältniß ebenfalls der Feststellung unterliegen. Allein dies findet dann in einem präparatorischen Theile des Vertheilungsplans selbst statt.

Unter diesem Gesichtspunkte hat dieser Vertheilungsplan nächst der Feststellung der Masse die beziehentlich nach Einforderung der Liquida in Gewißheit §. 110. des Gesetzes zu berechnenden Forderungen der einzelnen, in der foliomäßigen Ordnung aufzuführenden Gläubiger, soweit solche zu einiger Perception gelangen, sowohl die Anweisung derselben auf die Licitationsgelder zu enthalten. Um hierüber zu einem definitiven Ergebniß zu gelangen, hat das Gericht einen geeigneten Berechnungstermin zu wählen, und wird solcher in der Regel dergestalt anzunehmen sein, daß von ihm ab die theils von den Forderungen wegen deren resp. nach §. 104. eingetretener Zahlbarkeit zu 5 Procent zu berechnenden Zinsen, theils die nach gleicher Höhe von den Licitationsgeldern laufenden Zinsen sich gegenseitig decken, als wodurch zugleich erzielt wird, daß die Anweisung der einzelnen Gläubiger auf bestimmte Raten der Licitationsgelder erfolgen kann, ohne daß die etwa verspätete Einzahlung einer Licitationsgelderrate den Vertheilungsplan alterirt. Auch muß sich zugleich auf dem Plane übersehen lassen, welche Forderungen und nach welchem Betrage solche zur Perception gelangen.

In dem vorliegenden Falle hat jedoch das Gericht eine solche Berechnung und Anweisung unterlassen und dagegen Forderungen unter Bezeichnung einer Reihenfolge in den Plan aufgenommen, für welche aber etwas nicht ausfallen kann. Das Königl. Appellationsgericht verordnet daher, ermeldetes Gericht, diesem Mangel durch eine für die Interessenten kostenfrei zu bewirkende Anfertigung eines anderweiten Vertheilungsplans abzuhelfen und das hierunter weiter Erforderliche gebührend zu verfügen und zu veranstalten."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 54.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 113.

1) Der hypothekarische Gläubiger kann auch dann, wenn seine Befriedigung aus den durch die Subhastation des Pfandgrundstücks erlangten Licitationsgeldern zu erwarten steht, den persönlichen Schuldner ohne Weiteres seiner Befriedigung halber in Anspruch nehmen. —
2) Zu §. 79. 81. 84. 90. 91. und 99. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843.

Mitgetheilt von
Herrn **M. H.** in R.

Am 27. September 1849 lieh die Wittwe P. gegen 4½ und im Falle der Säumniß gegen 5 Procent Verzinsung dem Erbgerichtsbesitzer B. die Summe von 4000 Thlrn. —ˢ —ˢ, verpfändete aber diese Forderung an ihren unmündigen Sohn zu dessen Sicherstellung für den Fall ihrer anderweiten Verheirathung.

Alles dies ist sodann auf dem Grundbesitz des Erbgerichtsbesitzer B. hypothekarisch verlautbart, darüber auch der Wittwe P. ein Document (A.) ausgestellt worden.

Am 20. November 1849 wurde dann der Grundbesitz des Erbgerichtsbesitzer B. verkauft, und vor der zuständigen Hypothekenbehörde am 12. April 1851 necessarie subhastirt.

Am 15. Januar 1852 hat hierauf die Wittwe P. dem Particulier W. von Eingangs gedachtem Capitale der 4000 Thlr. —ˢ —ˢ einen Zinsrückstand von 400 Thlrn. —ˢ —ˢ, und die Summe von 600 Thlrn. —ˢ —ˢ von dem Capitale selbst cedirt, und es hat, da beregte 4000 Thlr. —ˢ —ˢ für den unmündigen Sohn der Wittwe P. verpfändet waren, dessen Vormund die abgetretenen 600 Thlr. —ˢ —ˢ aus diesem Pfandnexus entlassen.

Ueber die Cession wurde ein Document (B.) und über die Erklärung des Vormundes ein Document (C.) ausgestellt.

Unter Zugrundelegung der Documente A., B. und C. stellte nun der Particulier W. — ohne zunächst seine Befriedigung aus den Licitationsgeldern des verpfändeten Grundstücks zu suchen, noch auch nachzuweisen, daß auf diesem Wege keine Befriedigung würde zu erlangen sein — gegen den ehemaligen Erbgerichts-, jetzt aber Schänkengutsbesitzer B., als den persönlich haftenden Schuldner der ihm cedirten 1000 Thlr. —ˢ —ˢ, Executionsproceß an.

Noch vor Ablauf des dem Beklagten B. in der Executionsauflage gesetzten Zahlungstermins trat derselbe mit Einwendungen gegen das Executionsverfahren hervor, die er nach vorgängigem rechtlichen Gehör der Parteien zur Entscheidung zu bringen beantragte.

Diese Einwendungen (welche zum Verständniß der hier mitzutheilenden Erkenntnisse zu wissen nöthig erscheinen) waren in der Hauptsache folgende:

1) Kläger W. sei, obgleich ihm ein Theil des Capitals und ein gewisser Zinsenbetrag cedirt, keineswegs hypothekarischer Gläubiger, da die Cession im Grund- und Hypothekenbuche nicht eingetragen sich befinde, auch die ganze Forderung der 4000 Thlr. —ˢ —ˢ verpfändet, und eine Löschung dieser Verpfändung rücksichtlich der cedirten Theilforderung nicht erfolgt.

   Er, Beklagter, könne daher, dafern er zahle, sein Recht auf die hypothekarische Forderung nicht geltend machen.

2) Der Zinsfuß des Capitals der 4000 Thlr. —ʼ —ʼ sei nur von Ostern 1850 ab nach 5 vom Hundert zu berechnen.
3) Die theilweise Einklagung des Capitals der 4000 Thlr. —ʼ —ʼ sei, da eine diesfallsige Bestimmung zu treffen unterlassen worden, nicht zu gestatten.
4) Das Recht der geklagten Forderung sei insofern ein geschmälertes, als die Wittwe P. bei der Cession sich ausbedungen habe, daß die cedirte Forderung der 1000 Thlr. —ʼ —ʼ ihrer Restforderung der 3400 Thlr. —ʼ —ʼ in der Hypothek nachstehe.

Das Proceßgericht beschloß in dessen Folge die Anberaumung eines Verhörtermins, und es wurde auch dieser Beschluß, mehrfacher Appellation ungeachtet, aufrecht erhalten, beziehentlich durch Verordnung des Königl. Oberappellationsgerichts vom 29. Juli 1852, unter Hinzufügung folgender Entscheidungsgründe:

„Jemehr nach §. 94. des Gesetzes vom 28. Februar 1838 dem Richter erster Instanz, im Fall die Einwendungen des Beklagten ihm nicht sofort verwerflich erscheinen, ganz anheim gegeben ist, einen Verhörstermin zuvörderst anzuberaumen, und erst nach solchem sofort einen Bescheid zu eröffnen, destoweniger hat man sich in gegenwärtiger Sache bewogen finden können, die Ansicht der ersten Instanz in der vorliegenden Sache zu mißbilligen, und die in Frage begriffenen Einwendungen des Beklagten als für sofort unbegründet befunden zu erklären.

Unverkennbar sind in den gedachten Einwendungen so mancherlei thatsächliche und verwickelte Umstände, namentlich auch hinsichtlich der Pfand-, Cessions- und vormundschaftlichen Verhältnisse vor- und zur Sprache gebracht worden, so daß deshalb eine vollkommene Liquidität gegen den Beklagten in keiner Weise schon jetzt anzunehmen ist, und daher die von dem Richter erster Instanz beschlossene Anberaumung eines Verhörstermins nur als äußerst zweckmäßig und dem Sinne des in Frage begriffenen Gesetzes angemessen erachtet werden mag",

wiederhergestellt.

Nach abgehaltenem Verhör der Parteien ging vom Königl. Spruchcollegium zu Leipzig ein Urthel folgenden Inhalts ein, welches am 18. December 1852 publicirt worden ist:

„Weil, wenn schon die von Beklagtem gegen die fol. — angestellte Executionsklage fol. — erhobenen Einwendungen, über welche gegenwärtig in Folge des von den Parteien in dem fol. — abgehaltenen Verhörstermine getroffenen Compromisses allhier zu entscheiden gewesen, nicht durchgängig für beachtlich gehalten werden mögen, inmaaßen namentlich

ad 1. fol. — der Eintrag der Cession fol. — in das Grund- und Hypothekenbuch gar nicht geschehen können, weil zu der Zeit, als die Cession bewirkt worden, die Grundstücke, auf welchen die theilweise cedirte Forderung gehaftet, nach fol. — bereits zur nothwendigen Subhastation gelangt gewesen,

ad 2. fol. — die Zinsen eines Capitals von 4000 Thlrn. —ʼ —ʼ auf die Zeit vom 2. October 1849 bis zum 15. Januar 1852 sich auch dann höher, als auf 400 Thlr. —ʼ —ʼ belaufen, wenn man dieselben erst von Ostern 1850 ab zu jährlich 5 Procent, bis dahin aber nur zu jährlich 4½ Procent berechnet,

ad 3. fol. — der Gläubiger, wenigstens solange nicht etwas Anderes ausdrücklich bedungen worden, nicht verhindert werden kann, seine Forderung auch theilweise an dritte Personen abzutreten,

ad 4. fol. — darauf, daß die verw. P. wegen des nicht cedirten Theils ihrer Forderung sich nach fol. — den Vorrang vor dem abgetretenen Theile vorbehalten hat, ganz abgesehen noch von der Frage, ob die Bestimmung in §. 99. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 überhaupt dahin *auszulegen* sei, daß der persönliche Schuldner, welcher, ohne daß er zugleich Besitzer des verhafteten Grundstücks ist, in Folge der von dem hypothekarischen Gläubiger wider ihn auf Bezahlung der Schuld erhobenen Klage demselben vollständige Zahlung geleistet hat, einen Anspruch gerade auf diejenige Stelle im Hypothekenbuche habe, welche der bezahlten Forderung ursprünglich zugestanden, dergestalt, daß seine persönliche Haftverbindlichkeit ganz erlösche, wenn der Gläubiger außer Stande ist, ihm diese Stelle noch zu gewähren, im vorliegenden Falle schon um deswillen etwas nicht ankommt, weil Beklagter auch wegen desjenigen Theiles der Wittwe P.'schen Forderung, welchem der Vorrang eingeräumt worden, als der persönlich Verhaftete erscheint, mithin durch die Einräumung des Vorrangs einen eigentlichen Nachtheil gar nicht erlitten hat;

demnach die gedachte Klage allerdings als unschlüssig sich darstellt, wenn man erwägt, daß

A. die Cession, auf welche Kläger seinen Anspruch mit gegründet hat, nach fol. — erst unter dem 15. Januar 1852, mithin zu einer Zeit erfolgt ist, zu welcher nach dem fol. — in beglaubter Abschrift beigebrachten Protokolle die Grundstücke, auf welchen die abgetretene Forderung gehaftet, bereits nothwendiger Weise versteigert gewesen, unter solchen

Umständen aber bis auf Weiteres von der Ansicht ausgegangen werden muß, daß Kläger wenigstens zunächst nur den Anspruch auf den betreffenden Theil der Licitationsgelder abgetreten erhalten habe,

B. wie die Cedentin selbst, nachdem sie fol. — und zwar vor der Cession, zur Genüge zu erkennen gegeben, daß sie sich an die Subhastationsgelder halten wolle, Beklagten als persönlichen Schuldner nicht früher würde in Anspruch nehmen können, als bis in Gewißheit gesetzt ist, daß sie aus jenen keine, oder doch keine vollständige Befriedigung erhalte, — ein Satz, welcher füglich aus der Disposition in §. 81. des Hypothekengesetzes abgeleitet werden kann, indem hier eine Modification der Bestimmung in §. 79. für den Fall, wenn die Sache bereits in das Executionsstadium getreten, enthalten ist, — so ein Gleiches auch von Klägerm gilt, da derselbe nur ein abgeleitetes Recht verfolgt;

C. es zur Zeit gänzlich an dem Nachweise mangelt, wie die erlangten Licitationsgelder zur Befriedigung Klägers unzureichend seien, im Gegentheile, wenn man das Resultat der Subhastation fol. — ins Auge faßt, und berücksichtigt, daß der Wittwe P.'schen Forderung, von welcher Kläger einen Theil cedirt erhalten, nach fol. — jct. fol. — nur 6000 Thlr. —ˢ —ˢ vorgehen, sehr große Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß Kläger aus selbigen vollständige Deckung erhalten werde;

D. darauf, daß Kläger aus den Subhastationsgeldern seine Befriedigung voraussetzlich erst nach einem längern Zeitraume zu erhalten vermag, etwas nicht ankommt, und zwar eines Theils, weil Kläger mit diesem Nachtheile durch Annahme der Cession sich stillschweigend einverstanden erklärt, andern Theils, weil es ein Nachtheil ist, welchen Kläger in Folge der Gesetzgebung erleidet;

E. Kläger fol. — selbst angeführt, daß die ihm theilweise cedirte Forderung verpfändet gewesen, nun aber aus der fol. — beigebrachten Urkunde (C.) wenigstens rücksichtlich der mitabgetretenen, bis zur Cession verfallenen Zinsen von 3400 Thlrn. —ˢ —ˢ die Entlassung aus dem hypothekarischen Nexus nicht hervorgeht;

so hat das Suchen Klägers, inmaaßen es angebracht, nicht Statt, es ist auch derselbe die verursachten Proceßkosten Beklagtem zu erstatten verbunden." —

Auf die gegen dieses Urthel von Klägerm eingewendete Appellation ging ein Erkenntniß des K. Appellationsgerichts zu Leipzig ein, welches dasselbe unter Compensation der Kosten der Appellationsinstanz allenthalben bestätigte, und den Parteien am 21. Juni 1853 publicirt worden ist. Die dem Erkenntnisse beigegebenen Entscheidungsgründe waren folgende:

„Auch in gegenwärtiger Instanz hat man, soviel zunächst den in voriger Entscheidung unter B. und C. Bl. — aufgestellten Grund der Abweisung der erhobenen Klage anlangt, der Ansicht beizupflichten gehabt, daß Kläger unter den vorliegenden Umständen von dem Beklagten, als persönlichem Schuldner des streitigen Capitals sammt Zinsen, dessen Zahlung nur dann und insoweit zu verlangen berechtigt ist, als er solche aus dem Subhastationserlöse des dafür verpfändet gewesenen Grundstücks nicht zu erlangen vermag.

Allerdings ist durch die Bestimmung in §. 79. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, wie das Königl. Appellationsgericht schon in einem ähnlichen Falle

Wochenblatt für merkw. Rechtsf., Jahrg. 1849. S. 268.

ausgesprochen hat, die solidarische principale Haftung des persönlichen und des Pfandschuldners in Conformität mit Decis. VII. vom Jahre 1746 in einer Weise anerkannt, welche über die Berechtigung des Gläubigers zu successiver sowohl, als gleichzeitiger Klaganstellung gegen Beide keinen Zweifel läßt.

Allein dieser Satz des materiellen Rechts wird von dem Kläger Bl. — mit Unrecht in dem vorliegenden Falle als durchschlagend angesehen. Die Entscheidung der Sache hängt vielmehr gegenwärtig von einer proceßrechtlichen, nämlich der Frage ab, ob der Gläubiger, nachdem er bereits vermöge der Subhastation des Pfandgrundstücks Befriedigungsmittel erlangt hat, demungeachtet auch noch den persönlichen Schuldner ohne Weiteres seiner Befriedigung halber in Anspruch zu nehmen befugt sei.

Nach Bl. — sind die in dem Hypothekenbriefe Bl. — (Document A.) für die streitige Forderung von dem Beklagten, als ursprünglichem Erborger, verpfändeten, inmittelst aber nach Bl. — von demselben an den Oekonom R. verkauften Grundstücke am 12. April 1851 nothwendigerweise versteigert, und für das Meistgebot von 11,000 Thlrn. —ˢ —ˢ von dem Advokat K. erstanden worden, indem dagegen, daß der in dem Subhastationstermine ausgesetzte Zuschlag an denselben nachmals wirklich erfolgt sei, nach den eigenen Herauslassungen der Cedentin Klägers Bl. —, verbunden mit den Bl. — und Bl. — ersichtlichen Verfügungen der Grundobrigkeit ein Zweifel nicht wohl obwalten kann, auch von keiner Seite her angeregt worden ist. Berücksichtigt man weiter, daß derjenigen hypothekarischen Forderung von 4000 Thlrn. —ˢ —ˢ, von welcher

die jetzt in Streite befangene Summe abgetrennt ist, nach Bl. — lediglich eine Hypothek von 6000 Thlrn. —‹ —‹ vorgeht, so ist an sich die Möglichkeit einer vollständigen Befriedigung der Ersteren vorhanden.

Nähme man nun zunächst,

1) von der besonderen Beschaffenheit des vorliegenden Falles absehend, an, daß der persönliche und Pfandschuldner identisch seien, so wäre der Gläubiger in der Wahl des Objects seiner Befriedigung, dafern er die persönliche Klage allein angestellt, oder mit der hypothekarischen cumulirt hat, anfänglich in keiner Weise beschränkt, er könnte sich ebensowohl an das Pfand, als an einen sonstigen Vermögenstheil des Schuldners halten; sein diesfallsiges Wahlrecht ist durch die Vorschrift der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XXXIX. §. 7. anerkannt, und in dem Executionsgesetze vom 28. Februar 1838. §. 44. und 48. bestätigt.

Allein abgesehen von dem Falle, wenn der Gläubiger mit der hypothekarischen Klage mehrere ihm gleichzeitig wegen derselben Schuld speciell verpfändete Grundstücke zu seiner Befriedigung in Anspruch nimmt, wie ihm in Gemäßheit der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XLIV. §. 2., jedoch nur unter gewissen, aus der natürlichen Billigkeit hergeleiteten Beschränkungen (vergl. die von Küstner in not. 31. p. 333. zu Griebner's Discurs s. v. o. angezogenen Entscheidungen) freisteht, muß er bei seiner Wahl ein dem Klagobjecte entsprechendes Maaß einhalten.

Proc.-Ordn. tit. XXXIX. §. 9.

Erl. Proc.-Ordn. ad cund. tit. §. 8.

Griebner, Discurs ad h. t. s. v. Tariret, S. 334. und ad tit. XXXIX. §. 5. o. r. s. v. Anfänglich, S. 356. §. 19. ibid. s. v. derer Stücken S. 360. ed. II.

Auch cessirt das jus variandi, welches die Praxis dem Gläubiger gestattet hat,

Griebner, Discurs ad tit. XXXIX. §. 7. o. r. s. v. Fahrniß, S. 333.

nach Maaßgabe des Executionsgesetzes §. 49. offenbar nach erfolgter Hülfsvollstreckung, wenn und insofern das gewählte Hülfsobject zu der Befriedigung des Gläubigers ausreicht, indem solchenfalls erst dann nach einem weiteren Hülfsobjecte gegriffen werden kann, wenn sich bei der Versilberung des Pfandes ergiebt, daß der Gläubiger daraus seine Befriedigung ganz nicht, oder doch nicht vollständig erhalten kann.

Hierbei kann aber der Verzug, welchen der Gläubiger hinsichtlich seiner Befriedigung dann erleidet, wenn das Pfandobject ein Immobile gewesen, und der Ersteher desselben bei nothwendiger Subhastation nicht sofort das ganze Licitum erlegt, sondern von dem gesetzlichen Befugnisse zu dessen ratenweiser Zahlung Gebrauch macht, dem Falle einer Unzulänglichkeit des Pfandobjects keineswegs gleichgestellt werden. Denn abgesehen davon, daß ihm dafür durch die fünfprocentige Verzinsung der Erstehungsgelder Entschädigung gewährt wird, ist der daraus für ihn möglicherweise entspringende Nachtheil, wie die erste Instanz richtig bemerkt hat, eine Folge des bestehenden Proceßrechtes, welche, wenn nicht diesfalls durch specielle Vertragsclauseln etwas vorgesehen worden ist, oder sonst besondere Umstände eintreten, den Gläubiger trifft. Die Meinung, daß der Gläubiger lediglich zu dem Behufe um sofortige Zahlung der ganzen Schuld zu erlangen, weder dann, wenn der Schuldner mehrere Grundstücke besitzt, von denen jedes einzelne zu seiner Befriedigung ausreicht, alle oder mehrere gleichzeitig zur Subhastation bringen, noch wegen der blos successiven Abtragung der Erstehungsgelder des in Angriff genommenen Grundstücks die Subhastation eines anderen, oder die Hülfsvollstreckung in einen andern Vermögenstheil des Schuldners erlangen könne, hat daher nach dem Zeugnisse Osterloh's in dessen ordentl. bürgerl. Proceß, §. 360. not. 32. schon früher in der sächsischen Spruchpraxis Eingang gefunden.

Ist hiernach im Zweifelsfalle anzunehmen, daß der hypothekarische Gläubiger, welcher die Subhastation des Pfandstückes erwirkt hat, dem Schuldner gegenüber auf die zur Deckung seiner Forderung zulänglichen Licitationsgelder des subhastirten Pfandgrundstückes zunächst und allein hingewiesen sei, und in dem gesetzlichen Anspruche auf Participation bei deren Vertheilung in Gemäßheit der Bestimmungen des Hypothekengesetzes §. 109. flg., sowie der Verordnung vom 15. Februar 1844. §. 29. ein Aequivalent seiner Forderung habe, so gilt

2) auch in dem schon von älteren Rechtslehrern (vergl. Griebner, Disc. ad tit. XLIV. §. 2. o. r. verb.: Oder successive, und not. 56. S. 427.) dem vorerwähnten Rechtsverhältnisse analog beurtheilten Falle, wenn der persönliche und der Pfandschuldner getrennte Personen sind, ein Gleiches.

Es spricht dafür

a) die ratio legis, wie solche aus dem Ursprunge der Decis. VII. von 1746

Griebner, a. a. O.

Bauer, Erläuter., S. 70.

Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. I. S. 193.

und demzufolge auch aus der nach deren Vorgange gegebenen Vorschrift des Hypothekengesetzes hervorgeht, sowohl in der oben angezogenen Entscheidung

der gegenwärtigen Instanz hervorgehoben worden ist, welche eben nur dahin geht, daß der Gläubiger durch die außerhalb seiner Willkür liegende Trennung der Persönlichkeit seines ursprünglichen Schuldners nicht schlechter gestellt sein solle, als er es ohne sie sein würde. Wenn ihm unter Umständen aus dieser gesetzlichen Bestimmung, namentlich mit Rücksicht auf §. 90. des Hypothekengesetzes, sogar Vortheile gegen den frühern Zustand erwachsen können, so darf man doch nicht aus dem Gesetze über dessen Wortlaut hinaus solche Consequenzen ziehen, welche durch die ratio legis in keiner Weise gerechtfertigt sind. Eine solche würde es aber sein, wenn man dem Gläubiger gestatten wollte, seiner Befriedigung halber, und zu Vermeidung eines durch die Proceßgesetze selbst herbeigeführten Verzuges in Herbeischaffung baarer Zahlungsmittel nach und nach, oder gleichzeitig außer dem an sich zu seiner Deckung ausreichenden Pfandgrundstücke noch andere, einem Mitschuldner gehörige Grundstücke zur Subhastation zu bringen, die er nicht angreifen dürfte, wenn sie in der Hand des frühern Civileigenthümers des zum Unterpfande eingesetzten Grundstückes wären.

b) Es würde offenbar zu Verwirrungen führen, wenn man den gleichzeitigen Fortgang der Execution wider die verschiedenen denkbaren Solidarschuldner unbeschadet des Grundsatzes, daß die Zahlung des einen den anderen befreie, gestatten wollte. Sie würden namentlich in dem Falle hervortreten, wenn außer dem Erborger und dem Besitzer des Grundstückes noch Bürgen, welche den gesetzlichen Beneficien entsagt haben, und je nach Befinden in Folge der Bestimmung des Hypothekengesetzes §. 90. 2. a linea verb.: „es wäre denn", mehrere Zwischenbesitzer des Pfandgrundstücks gleichzeitig belangt sind, sämmtliche in Anspruch Genommene Grundstücke besitzen, und nun wider Alle mit der Execution und demgemäß mit der Subhastation ihrer Grundstücke, zumal vor verschiedenen Gerichten, verfahren werden soll. In diesem Falle würde, abgesehen von der unverkennbar darin liegenden Härte, dem Grundsatze, daß die Zahlung des einen den anderen befreie, in den verschiedenen Executionsstadien volle Geltung gar nicht verschafft werden können.

c) Endlich sind dafür, daß diese Beschränkung des dem Gläubiger in §. 79. des Hypothekengesetzes eingeräumten Rechtes in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, auch aus anderen Bestimmungen des Gesetzes Andeutungen zu entnehmen.

aa) Zunächst würden, worauf schon die erste Instanz hingewiesen hat, die Worte in §. 81.,

> den hypothekarischen Gläubigern, welche aus dem ihnen verhafteten Grundstücke ihre Befriedigung nicht erlangen, und insoweit sie solche nicht erlangen, bleibt in allen Fällen die Klage wider diejenigen vorbehalten, welche für die Forderung persönlich verhaftet sind,

entweder eine theilweise Wiederholung des bereits in §. 79. Gesagten, nämlich der Worte: „oder endlich gegen einen dritten Besitzer des Grundstückes sich sogleich, unbeschadet seiner Ansprüche an den persönlichen Schuldner, der dinglichen Klage bedienen," oder, wenn man unter „den persönlich Verhafteten" etwa sonstige persönliche Schuldner außer dem Erborger, z. B. Bürgen, gemeint erachtete, in einer undeutlichen Fassung etwas ohnehin Unbestrittenes enthalten, dafern man nicht annimmt, daß der Gesetzgeber eine Modification des in §. 79. bewilligten electiven und cumulativen Klagerechts für den Fall, wenn der Proceß auf einem in §. 80. bezeichneten Wege in das Executionsstadium gelangt, und der Gläubiger auf einem derselben die Füglichkeit voller Befriedigung erlangt hat, als eingetreten, und demzufolge eine anderweite Bestimmung wegen Vorbehaltes des Klagrechtes gegen den persönlichen Schuldner, wenn und soweit jene formelle Befriedigung zu einem materiellen Ergebnisse nicht führt, für nothwendig erachtet habe. Geht man aber von dieser Voraussetzung aus, so bedarf es nach der Subhastation des verpfändeten Grundstücks zur Begründung der Klage gegen den persönlichen Schuldner des Nachweises, daß der Gläubiger durch deren Ergebniß seine Befriedigung ganz oder theilweise nicht erlangt habe.

bb) Auch die Fassung der §. 99. des Gesetzes gestattet die Annahme, daß der Gesetzgeber vorausgesetzt habe, wie die Klage gegen den persönlichen Schuldner, abgesehen von dem Falle in §. 91. nur so lange zulässig sei, als nicht die Subhastation erfolgt ist, indem, wenn letztere stattgefunden hat, davon, daß der persönliche Schuldner in Folge der dem Gläubiger geleisteten Zahlung ohne Weiteres dessen Stelle und Recht mit dem Anspruche auf Eintragung dieser Erwerbung in das Grund- und Hypothekenbuch erlange, in der Regel nicht die Rede sein kann, da die Hypothek wegen der Erstehungsgelder nicht auf den Namen des oder der früheren hypothekarischen Gläubiger, sondern auf den des Richters eingetragen wird, der die Subhastation vollzogen hat, und welchem nach §. 109. flg. des Gesetzes, verbunden mit §. 29. der Ausführungsverordnung die Fürsorge für Befriedigung der Ersteren obliegt. Hätte man nun angenommen, daß der persönliche Schuldner auch während der Zeit zwischen der Zwangsversteigerung und der definitiven Bezahlung der Hypothekenschuld aus den Erstehungsgeldern

von dem Gläubiger zu Zahlung desjenigen angehalten werden könne, was derselbe nach und nach, oder später auf einem Brete aus letzteren erhalten würde, so würde vorausſetzlich auch für diesen Fall eine der §. 99. analoge Bestimmung zu Gunsten des persönlichen Schuldners getroffen worden sein.

Wenn bei den in Vorstehendem entwickelten Rechtsgrundsätzen von der Voraussetzung ausgegangen worden ist, daß der betreffende Gläubiger selbst die Subhastation des Pfandgrundstückes ausgebracht habe, so liegt zwar diese Voraussetzung in dem gegenwärtigen Falle nicht liquid vor, da die Acten darüber, wer die Subhastation herbeigeführt habe, keinen sichern Aufschluß geben; erwägt man jedoch, daß, mag die Veräußerung des Pfandobjectes von der Cedentin Klägers veranlaßt worden sein, oder nicht, nach Maaßgabe der schon oben angezogenen gesetzlichen Bestimmungen ihre Forderung bei Vertheilung der Licitationsgelder von Amtswegen berücksichtigt werden muß, daß daher ihr und Klägers präsumtiver Wille, diesen Anspruch geltend zu machen, den zu dessen Deckung erforderlichen Theil der Erstehungsgelder der Disposition des vormaligen Pfandbesitzers ganz ebenso entzieht, als ob ein Recht auf Befriedigung daraus im Wege des Processes erlangt worden wäre, und daß endlich die oben ausgehobene ratio legis, wie die Rücksicht auf die sonstige Gleichheit der Verhältnisse, hierunter ebenmäßig einschlägt, so erscheint es auch um so unbedenklicher, jene Grundsätze auf den vorliegenden Fall anzuwenden, als die Cedentin Klägers in ihrer ausdrücklichen Erklärung Bl. —, wie schon von der ersten Instanz hervorgehoben worden ist, zur Genüge zu erkennen gegeben hat, daß sie den ihr bei gesetzlicher Distribution der Erstehungsgelder zukommenden Antheil in Anspruch genommen habe, und nur insoweit, als dieser Antheil zu ihrer vollen Befriedigung nicht ausreiche, an den Beklagten, als persönlichen Schuldner, sich zu halten gemeint gewesen sei. Kläger muß diese Erklärung derjenigen, von welcher er sein nachmals durch Cession erworbenes Recht ableitet, ebenso gewiß, als die Voraussetzung gegen sich gelten lassen, daß nach dem oben bemerkten Stande der Hypothekenschulden des Pfandgrundstücks die streitige Forderung ihre vollständige Deckung aus den Licitationsgeldern zu gewarten hat. Bei der Liquidät dieses Umstandes hätte es daher ihm obgelegen, die Bl. — obwohl nicht einmal bestimmt ausgesprochene Andeutung einer Unzulänglichkeit der Erstehungsgelder näher zu begründen und nachzuweisen, und in Ermangelung dessen war deshalb die erhobene Klage, wie in voriger Entscheidung geschehen, durchgängig in der angebrachten Maaße abzuweisen.

Unter diesen Umständen kann ganz unerörtert bleiben, ob der außerdem von der ersten Instanz Bl. — unter A. geltend gemachte Grund der erkannten Abweisung, soweit er nicht mit dem unter B. und C. Ausgeführten zusammenfällt, in den Worten der Klagbeifuge B. Bl. — eine ausreichende factische Unterlage finde. Auch erscheint die Frage, ob die sub E. Bl. — erwähnte Lücke des Klagvorbringens aus dem Gesichtspunkte eines Mangels der Sachlegitimation aufzufassen, und ob einem diesfallsigen Mangel nur die von dem Kläger Bl. — angedeutete Wirkung beizulegen sei, der gegenwärtigen Sachlage nach einflußlos, da der von der ersten Instanz daraus hergeleitete Grund einer nur theilweisen Abweisung der Klage von selbst sich erledigt, nachdem die außerdem entwickelten, zu einer vollständigen Abweisung führenden Rationen auch in gegenwärtiger Instanz zu billigen gewesen sind.

Ungeachtet der Bestätigung voriger Entscheidung in der Hauptsache hat man jedoch die Compensation der Kosten in der Appellationsinstanz für angemessen befunden, da die Entscheidung der Sache nicht auf so zweifellosen Rechtsgrundsätzen beruht, daß dem Kläger bei Beschreitung des Instanzenzuges schlechterdings muthwillige Streitsucht beigemessen werden könnte.“ —

Gegen dieses Erkenntniß remedirte *Kläger* abermals, und es ging hierauf ein von dem Königl. Oberappellationsgericht unterm 21. September 1853 abgefaßtes, theils reformatorisches, theils confirmatorisches Erkenntniß folgenden Inhalts ein, welches den Parteien am 2. December 1853 publicirt worden ist:

„Daß es, soviel die geklagten 600 Thlr. —,— Hauptstamm, nebst Zinsen davon zu 5 vom Hundert vom 15. Januar 1852 an gerechnet, betrifft, bei sothanem Urthel und dem darin bestätigten Erkenntnisse erster Instanz nicht zu lassen, sondern es ist insoweit das eingeleitete Hülfsverfahren fortzustellen. Auch ist Kläger die verursachten Proceßkosten Beklagtem zu erstatten nicht schuldig, sondern es werden dieselben unter den Parteien verglichen. Dahingegen ist im Uebrigen gedachtes Urthel zu bestätigen, und sind auch die durch die eingewendete Appellation verursachten Unkosten gegen einander aufzuheben.

### Entscheidungsgründe.

#### I. Ad reformatoriam.

In voriger Instanz ist fol. — auf die in einer anderen Rechtssache ertheilten Entscheidungsgründe (Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1849. S. 268.) hingewiesen worden, in welchen das Appellationsgericht zu Leipzig ausführlich und gründlich gezeigt hat, daß ein Gläubiger das Pfandrecht gegen

den dritten Besitzer der verpfändeten Sache und den persönlichen Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner gleichzeitig geltend zu machen befugt sei. Diesen Gründen ist beizupflichten.

Wenn jedoch in gegenwärtiger Rechtssache für den Fall, daß das verpfändete Grundstück bereits subhastirt sei, eine Ausnahme von dieser Regel angenommen und behauptet werden wollen, daß der Gläubiger zunächst an die Erstehungsgelder sich halten müsse, und erst insoweit, als er aus diesen definitiv seine Befriedigung nicht erlange, gegen den persönlichen Schuldner klagen könne, so kann Man hiermit nicht einverstanden sein, und es erscheinen die dafür angeführten Gründe zu Rechtfertigung dieser Ausnahme nicht hinreichend.

Zuvörderst nämlich ist es keineswegs gleichgültig, ob der persönliche und der Pfandschuldner zwei verschiedene Personen seien, oder ob sich beide Schuldverhältnisse in Einer und derselben Person vereinigen, und es ist kein Gesetz vorhanden, welches vorschreibt, daß alle Rücksichten, welche im letzteren Falle zu nehmen sind, auch in dem ersteren genommen werden sollen. Selbst die fol. — angezogene Stelle in Griebners Discurs berechtigt nicht zu der Meinung, daß dieser Schriftsteller eine durchgreifende Analogie, welche unter allen Umständen maaßgebend sei, zwischen beiden Fällen habe statuiren wollen. Die ratio legis bei der VII. Decision von 1746, und beim Hypothekengesetze vom 6. November 1843. §. 79. giebt dafür kein genügendes Anhalten. Denn diese Ratio besteht hauptsächlich in Aufrechthaltung des Credits, und kann daher wohl für Erweiterung, nicht aber für Beschränkung der Rechte des Gläubigers angezogen werden. Und die fol. — unter b. ausgesprochene Besorgniß möglicher Verwirrung kann ebenfalls nicht mit dem Erfolge angeführt werden, um einen Rechtssatz darauf zu gründen. Kann auch in manchen verwickelten Fällen die Ausführung mit Schwierigkeiten verbunden sein, so genügt dies doch nicht, um zu einer ganz verschiedenen Rechtsansicht zu gelangen, am wenigsten in Fällen einfacher Art, wo dergleichen Schwierigkeiten nicht vorkommen.

Die Verschiedenheit des Verhältnisses aber, je nachdem der persönliche Schuldner das verpfändete Grundstück besitzt, oder dieses in den Besitz eines Dritten übergegangen ist, besteht vornehmlich darin, daß die Schonung, auf welche der ausgeklagte Schuldner nach den Gesetzen Anspruch machen kann, und welche den Hülfsanträgen des Gläubigers ein gewisses Maaß setzt, nur den Zweck hat, daß der Hausstand des Schuldners nicht gänzlich zerrüttet, und ihm von seinem Vermögen nicht mehr entzogen werde, als zur Tilgung der Schuld nöthig ist. Darum soll nicht um einer geringen Summe willen ein ganzes Gut, welches viel Mehr werth ist, zum Anschlag gebracht, und darum sollen, wenn ein Schuldner mehrere Güter hat, deren eines zur Tilgung des Gläubigers hinreicht, nicht alle zugleich, sondern nur eines nach dem anderen, bis der Letztere befriedigt ist, subhastirt werden.

Alte Proc.-Ordn. tit. 39. §. 9.

Rescript vom 10. April 1726, im Cod. Aug. cont. I. Abth. I. S. 271.

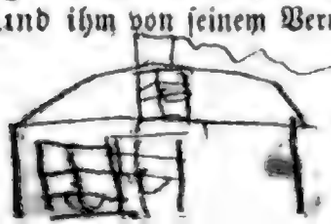
Gesetz, das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen betr., vom 28. October 1838. §. 45. und 48.

Griebner, Discurs, ed. Küstner, Seite 333. not. 31.

Alle diese Rücksichten fallen jedoch weg, wenn der Gläubiger noch einen zweiten Schuldner in Anspruch nimmt, indem dasjenige, was dieser auf die Zahlung verwendet, nicht aus dem Vermögen des ersten Schuldners genommen wird. Für diesen wird die Execution dadurch nicht härter. Und es ist nicht nothwendige Folge, daß es auch gegen den zweiten Schuldner zur Execution kommen müsse, da er diese, wenn er zahlungsfähig ist, durch Zahlung abwenden kann.

Auch hat der persönliche Schuldner, wenn er den Gläubiger eher befriedigen muß, als diesem aus dem Erlöse des verpfändeten und subhastirten Grundstücks Genüge geschieht, sich um so weniger über Härte zu beklagen, als er nach Vorschrift des §. 99. des Hypothekengesetzes nun ohne Weiteres an die Stelle des abgefundeten Gläubigers tritt, und an der Vertheilung der Erstehungsgelder zu seinem Antheile participirt. Der fol. — unter bb. diesfalls angeregte Zweifel ist nicht geeignet, dieser Anwendung des Gesetzes entgegenzustehen. Denn, abgesehen davon, daß nicht alle einzelnen Fälle in einem Gesetze besonders vorgesehen werden können, so sagt das Gesetz nicht, daß nunmehr die Hypothek auf den Namen des persönlichen Schuldners übergeschrieben werden solle, sondern dieser soll nur Anspruch haben auf einen Eintrag des Inhalts, daß er die Stelle und das Recht des Gläubigers erworben habe. Diese Verlautbarung ist aber nicht wesentliche Bedingung des Eintretungsrechts, sondern blos ein Sicherungsmittel. Die Hauptbestimmung: er erwirbt dessen Stelle und Recht, behält immer ihre Geltung, wenn auch besondere factische Umstände den förmlichen Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch nicht mehr thunlich machen sollten.

Der 81ste §. des Hypothekengesetzes, welcher in allen Fällen dem Gläubiger gegen Diejenigen,



welche für die Forderung persönlich verhaftet sind, die Klage vorbehält, ist offenbar zu Gunsten des Gläubigers beigefügt, und kann nicht den Zweck haben, diesen an eine Reihenfolge zu binden, und zu seinem Nachtheile die persönliche Verbindlichkeit als eine blos subsidiäre zu bezeichnen. Er setzt voraus, daß der Gläubiger sich zunächst an das verpfändete Grundstück halten wolle, und die Worte: „insoweit sie selbige nicht erlangen", sollen nur verhindern, daß er nicht doppelte Zahlung erhalte. Soll der Gläubiger aber genöthigt werden, zunächst an die Licitationsgelder und an die terminlichen Zahlungen derselben sich zu halten, so kann die Erwägung, daß diese Terminzahlungen auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, ihm keinen Ersatz bieten für die Nachtheile, welche er dadurch erleidet, und für die Beschränkung seines Rechts, wenn diese nicht sonst auf haltbaren rechtlichen Bestimmungen beruht. Auch handelt es sich nicht blos um die Verzögerung, welche er erleidet, sondern auch um andere Nachtheile, welchen er dadurch möglicherweise ausgesetzt wird, wie z. B. wenn der Ersteher des Grundstücks nicht richtig zahlt, oder zahlungsunfähig wird, und deshalb zu einer anderweiten Subhastation geschritten werden muß.

Alle die Gründe, welche davon entlehnt sind, daß ein Gläubiger nach erfolgter Hülfsvollstreckung in der Wahl des Hülfsgegenstandes nicht weiter variiren könne, bis entschieden sei, daß er durch die in einen andern Gegenstand vollstreckte Hülfe nicht voll befriedigt werde, erledigen sich hier dadurch, daß, wie fol. — richtig bemerkt ist, aus den Acten gar nicht zu ersehen ist, ob die Versteigerung des Erbgerichts zu H., welches für die streitige Forderung verpfändet und später an den Oekonom R. verkauft worden ist, auf Antrag der Cedentin Klägers, oder auf Antrag eines anderen Gläubigers, dessen Handlungen Kläger nicht zu vertreten hat, erfolgt sei. Es kann daher auch nicht behauptet werden, daß er oder seine Cedentin die Wahl des Gegenstandes zu seiner Befriedigung getroffen habe, an welche man ihn in den vorigen Instanzen hat für gebunden achten wollen. Eine solche Wahl ist auch in der fol. — zu lesenden Auslassung der verwittweten P. nicht zu finden. Denn abgesehen davon, daß damals die Subhastation schon vorüber war, so liegt auch in jener Auslassung noch keine ausdrückliche Verzicht auf das Recht, den ursprünglichen Schuldner sofort zu belangen, sondern höchstens nur eine Ansicht, welche der Cessionar zu theilen nicht verpflichtet ist.

Endlich steht auch der Umstand, daß die fol. — ersichtliche Cession nicht in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen ist, der Gültigkeit derselben nicht entgegen. Denn wenn schon die abgetretene Forderung in ihren Wirkungen in Bezug auf die Vertheilung der Licitationsgelder die Eigenschaft einer hypothekarischen nicht verloren hat, und daher der 84ste §. des angezogenen Gesetzes vom 6. November 1843 darauf Anwendung zu leiden scheint, so ist doch dieser §. darum nicht mehr anwendbar, weil durch die Subhastation die Hypothek selbst erloschen ist, und daher irgend ein neuer Eintrag in das Folium des Grundstücks, welcher sich auf frühere Hypotheken bezieht, nicht mehr möglich ist. Auch die Hypothek wegen der Erstehungsgelder wird, wie bereits die zweite Instanz fol. — mit Recht geltend gemacht hat, nicht auf den Namen der früheren hypothekarischen Gläubiger, sondern des Richters, welcher die Subhastation vollzogen hat, oder der Gläubigerschaft überhaupt, eingetragen. Dessen ungeachtet aber kann die Abtretung einer solchen Forderung, da ihr sonst ein rechtliches Moment nicht entgegensteht, nicht für unstatthaft erachtet werden. Auch ist der Ansicht der ersten Instanz fol. — unter A., daß nur der Anspruch auf den betreffenden Theil der Licitationsgelder cedirt worden sei, keineswegs beizupflichten, da nach Inhalt der Urkunde sub B. fol. — die Forderung selbst, ohne Beschränkung rücksichtlich der Art ihrer Verfolgung, also auch der darunter mit begriffene persönliche Anspruch cedirt worden ist.

II. Ad Confirmatoriam.

Dahingegen konnte die Executionsklage nur in Betreff des Hauptstamms von 600 Thlrn. —ˢ —ˢ und dessen nach der Cession fällig gewordenen Zinsen für begründet erachtet werden. Denn Kläger hat selbst fol. — in Verbindung mit der Urkunde C. fol. — eingeräumt, daß die ganze Forderung von 400 Thlrn. —ˢ —ˢ, von welcher die jetzt in Frage stehende abgezweigt ist, für den unmündigen Sohn der verwittweten P. verpfändet, und daß dieses Pfandnexus nur wegen der abgetretenen 600 Thlr. —ˢ —ˢ Capital von dem Vormunde des Unmündigen wieder aufgegeben sei. Wenn nun Kläger zugleich auch 400 Thlr. —ˢ —ˢ frühere, vor der Cession rückständige Zinsen mit einklagt, so folgt aus dem Vorhergehenden, daß wegen dieser 400 Thlr. —ˢ —ˢ die Verpfändung noch fortbesteht, und dafür

(Schluß in der gleichzeitig erscheinenden Nummer 55.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 6 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 55.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


(Schluß aus No. 54.)

die Berechtigung Klägers, dieselben einzufordern, bezweifelt werden muß. Denn der verpfändende Gläubiger hat auf so lange, als seine Verbindlichkeit gegen den Gläubiger, welchem seine Forderung verpfändet ist, nicht getilgt ist, jeder das Recht des Letzteren gefährdenden Verfügung über dieselbe, namentlich der Einhebung derselben, sich zu enthalten, und da er auf seinen Cessionar nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, so ist auch dieser daran gebunden.

§. 72. 85. und 86. des Gesetzes vom 6. November 1843.

Heyne, Commentar zu §. 86. Th. I. S. 343 flg. Hiernach war wegen dieser 400 Thlr. —ˢ —ˢ die Entscheidung voriger Instanzen, welche das Suchen Klägers in der angebrachten Maaße abweisen, zu bestätigen.

Die Compensation der Unkosten, sowohl des Processes, als der gegenwärtigen Instanz, bedarf nach Obigem keiner weitern Rechtfertigung." —

Das vierte in der Sache von dem Königl. Oberappellationsgericht unterm 8. August 1854 gesprochene Erkenntniß bestätigte, auf die von Beklagtem eingewendete Appellation, die Entscheidung der letzten Instanz compensatis expensis allenthalben, und war auf folgende Entscheidungsgründe gestützt:

„Laut Document A. fol. — hat am 27. September 1849 die fol. all. benannte verwittwete P. dem Beklagten 4000 Thlr. —ˢ —ˢ geliehen, zinsbar nach 4½ Procent, jedoch nach 5 Procent, im Falle ein Zinstermin in Rückstand bliebe, und es sind — conf. fol. — sq. — Capital und Zinsen auf damals dem Beklagten gehörigen Grundstücken hypothekarisch eingetragen, sec. fol. — aber diese Grundstücke am 20. November 1849 von Verklagtem verkauft, und sec. fol. — vor dem dort benannten Justizamte am 12. April 1851 necessarie subhastirt worden. Am 15. Januar hat die Wittwe P. laut docum. B. fol. — dem Kläger cedirt 400 Thlr. —ˢ —ˢ Zinsrückstand von nurbezeichnetem Capitale, und 600 Thlr. —ˢ —ˢ von dem Capitale selbst, worauf am 25. Januar 1852 Kläger aus dieser Cession gegen Beklagten als den persönlich haftenden Schuldner Executionsproceß angestellt, nicht zunächst die Befriedigung aus den Licitationsgeldern des verpfändeten Grundstücks gesucht hat, während weder beigebracht, noch auch zu vermuthen ist — cfr. fol. — sub C. —, daß auf diesem Wege keine Befriedigung würde zu erlangen sein.

Reformatorisch, den Entscheidungen erster und zweiter Instanz entgegengesetzt, ist in dritter, unter Compensation der Proceßkosten, die vorbemerkten 600 Thlr. —ˢ —ˢ nebst Zinsen vom 15. Januar 1852 betr., fol. — auf Fortstellung des eingeleiteten Hülfsverfahrens erkannt, hiergegen aber von Beklagtem appellirt worden.

Da bei nochmaliger Prüfung des Standes der Sache in factischer sowohl, als in juridischer Beziehung man sich anderweit überzeugt hat, daß demselben die nurbemerkte Entscheidung vollständig angemessen, und selbige in den fol. — gegebenen Rationen erschöpfend gerechtfertigt ist, so findet durch Beklagtens Deductionsschrift man sich hinsichtlich der Rechtfertigung des vorstehenden confirmatorischen Urthels nur Folgendes zu bemerken veranlaßt:

Sobald man dem Cessionar einer Schuld, die auf einem dem Debitor nicht mehr gehörigen Grund-

stücke hypothecirt ist, gestattet, was laut der mehrangezogenen Rationen demselben nicht verweigert werden darf, nämlich: dieselbe gegen den persönlichen Schuldner rein als persönliche Schuld, und also auch beliebig absehend von der betreffenden Hypothek, zu verfolgen, so verbietet auch die Consequenz, daß die hierauf gerichtete Klage vor den Richter gewiesen werde, bei dem die Befriedigung in Gemäßheit hypothekarischen Rechts zu suchen wäre; und am allerwenigsten würde einen hierauf gerichteten Ausspruch der Umstand rechtfertigen können, daß, sobald Beklagter dem Kläger Zahlung leistet, er

— man vergl. §. 99. des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843. Seite 209. der Gesetzsammlung —

an dessen Stelle berechtigt wird, aus den Licitationsgeldern Restitution des Gezahlten insoweit zu verlangen, als der Kläger selbst die Befriedigung aus den Licitationsgeldern zu fordern und zu erhalten würde berechtigt gewesen sein; denn daß Beklagter im Stande ist, durch behufige Anzeigen und Anträge bei der Gerichtsbehörde, welche sich der Subhastation des verpfändeten Grundstücks zu unterziehen hatte, sein nurbezeichnetes Interesse hinreichend sicher zu stellen, das kann keinem Zweifel unterliegen.

Hiernächst steht, die unter 3. fol. — bezeichneten 100 Thlr. —ˢ —ˢ angehend,

— zur Erläuterung muß nämlich hier noch erwähnt werden, daß Beklagter in seiner Deduction sub No. 3. gebeten hatte: die Erklärung der Cedentin, sie wolle sich wegen ihrer Forderung zunächst an die Erstehungsgelder und die von dem Beklagten als Sequestrationsvorschuß der subhastirten Güter ad depos. jud. eingezahlten 100 Thlr. —ˢ —ˢ halten, nochmals in Erwägung zu ziehen —

es außer Zweifel, daß, soviel fol. — und fol. — in den Acten vorliegt, gegenüber dem Beklagten die verwittwete P. keine solche Erklärung abgegeben hat, in Betracht deren hätte angenommen werden können, daß dieselbe ihrerseits die Rechtsgültigkeit der in Frage stehenden Cession im Voraus beschränkt gehabt habe.

Die Kosten, welche durch die gegen ein reformatorisches Erkenntniß eingewendete Berufung erwachsen, konnten nicht anders als compensirt werden."

## 114.

### Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung redhibitorischer Klagen, den Pferdehandel betr.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

Da die den nachstehend mitgetheilten Erkenntnissen zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse aus den Erkenntnissen selbst hervorgehen, so läßt man letztere unmittelbar folgen:

Urthel des Königl. Spruchcollegiums zu Leipzig v. J. 1852.

„Weil Kläger seine Klage auf Wiederaufhebung des mit dem Beklagten am 16. August 1850 über die darin beschriebenen Kutschpferde abgeschlossenen Handels darauf gestützt, daß, obwohl der Beklagte die Fehlerfreiheit dieser Pferde ausdrücklich garantirt, dennoch gleich nach der Uebernahme der Pferde und während der ersten drei Tage es sich gezeigt, daß das eine derselben — die Stute — an der Druse, sowie am Dummkoller gelitten, von welcher Krankheit es nicht wieder herzustellen gewesen, vielmehr während des Processes, am 11. November (vergl. den Sectionsbericht Bl. —), umgestanden sei, und nun zwar aus den Bl. — und — beigebrachten Zeugnissen der examinirten Thierärzte P. und T. — deren Glaubwürdigkeit Beklagter Bl. — nicht in Abrede zu stellen vermocht — hervorgeht, daß das fragliche Pferd am 5. und beziehentlich am 10. September, wo jene Thierärzte solches untersucht und bezüglich in Cur genommen, von diesen Krankheiten befallen gewesen, dennoch aber zur Zeit es noch an rechtlicher Gewißheit darüber gebricht, daß die Pferde schon zur Zeit des Verkaufs an einem Gewährsmangel gelitten, oder doch, daß er binnen drei Tagen nach dem Handel bemerkt worden sei, in welchem Falle Kläger der weitern Beweisführung überhoben wäre;

vergl. Treitschke's Kaufcontract, S. 229.

hiernächst, wenn auch Kläger zugleich die Redhibition des Handels um das gesunde Pferd mit fordert, die Klage als wohl begründet sich darstellt, indem wenn es klar vorliegt, und auch im gegenwärtigen Falle, wo es sich um ein Gespann gleichfarbiger und zusammen eingefahrner Pferde handelt, unbezweifelt angenommen werden muß, daß der Käufer den Kauf gar nicht abgeschlossen haben würde, wenn er die fehlerhafte Beschaffenheit der einen Sache gekannt hätte, demselben gestattet sein muß, der fehlerhaften Sache wegen auch die fehlerfreie zurückzugeben;

L. 38. §. 14. D. de aedil. edicto (21. 1.)

im Uebrigen, wenn Kläger im Güte- und Rechtstermine sein Klagvorbringen durch Bezugnahme auf eine vom Beklagten wider ihn auf Bezahlung des rückständigen Kaufgeldes angestellte Klage, in welcher angeführt worden, daß die Pferde fünf- und sechsjährig seien, vervollständigt hat, darauf in gegenwärtigem Processe kein Absehen zu richten, weil es sich in diesem nur um die behauptete Krankheit des einen Pferdes handelt — wogegen es Klägerm, dafern er in diesem Processe unterliegen sollte, allerdings unbenommen wäre, mittelst besonderer Klage an- und auszuführen, daß er auch hinsichtlich des Alters der Pferde vom Beklagten getäuscht worden sei;

So ist Kläger den Grund seiner Klage, soweit ihm solche verneint worden und soweit er sich darin des Eidesantrags nicht bedient (cfr. pct. lit. cont. —), binnen sächsischer Frist, dem Beklagten der Gegenbeweis und die Gewissensrührung, beiden Theilen andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, worauf in der Sache, nach Befinden auch wegen des angetragenen Eides, weiter ergehet, was Recht ist."

Urthel des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig.

„Daß es bei diesem Urthel, soweit darin bestimmt worden, daß Kläger den Grund seiner Klage, soweit ihm solche verneint worden und er sich nicht des Eidesantrages bedient, binnen sächsischer Frist, dem Beklagten der Gegenbeweis und die Gewissensrührung, beiden Theilen andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, worauf ferner ergeht, was Rechtens ist, nicht zu lassen, vielmehr statt dessen dahin zu erkennen:

Würde Beklagter den ihm beim 7ten und 10ten Einlassungspunkte angetragenen, für angenommen zu erachtenden Eid in der Maaße:

> daß er sich bei dem Verkaufe der in der Klage erwähnten beiden Kutschpferde gegen den Kläger nicht verpflichtet, für alle Fehler derselben zu garantiren, auch, daß solche fehlerfrei seien, nicht versichert habe,

schwören, so ist derselbe von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, es ist auch Kläger ihm die in erster Instanz verursachten Kosten zu erstatten verbunden.

Die in Folge der Rechtsmittel erwachsenen Kosten werden unter den Parteien aufgehoben.

Entscheidungsgründe.

I.

Zu des Beklagten Appellation.

Derselbe greift bei dem 1sten und 5ten Gravamen wiederholt die Schlüssigkeit der Klage im Allgemeinen an, und es war daher zunächst zu untersuchen, inwieweit die in der Klage enthaltenen Behauptungen überhaupt ein Gesuch um Redhibition bezüglich des darin erwähnten Kaufvertrages zu begründen geeignet seien.

Zunächst beruht es in Wahrheit, daß ein directes Anführen des zu Fundirung der Klage nothwendigen Umstandes, daß ein Gewährsmangel bereits zur Zeit der Erkaufung vorhanden gewesen, zu vermissen ist. Allein es wird in solcher behauptet, daß schon in den ersten drei Tagen nach Abschluß des Handels und nach erfolgter Uebernahme der Pferde Seiten Klägers Mangel an Freßlust, sowie ein Drusenleiden und nach thierärztlichem Befunde der Dummkoller sich gezeigt habe. Zwar geht weiter aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: „Ich ließ nämlich am 5. September das Pferd vom Thierarzte ꝛc. untersuchen, welcher befand ꝛc." unzweifelhaft hervor, daß der thierärztliche Ausspruch nicht innerhalb der drei auf den Kaufsabschluß und die Uebergabe der Pferde folgenden Tage ertheilt worden sei; es muß aber in der vorhergehenden Erwähnung dieser Frist, und in der Behauptung, daß innerhalb derselben Krankheitssymptome, sowie nach thierärztlichem Befunde der Dummkoller wahrzunehmen gewesen, das Anführen erkannt werden, es sei eben der spätere Befund der Thierärzte dahin gegangen, daß bereits während jener drei Tage der angeführte Fehler vorhanden gewesen sei, und es ist daher die Klage insofern als ausreichend begründet anzusehen, als dem Kläger, wenn er diesen letzteren Umstand zu beweisen vermag, die Vermuthung zur Seite steht, daß das Pferd schon zur Zeit des Handels mit dem Dummkoller behaftet gewesen sei.

Sofern aber der Beklagte weiter beim 2ten Gravamen bestreitet, daß die in der Klage angeführten Thatsachen die Rescission des Handels nicht blos bezüglich des kranken Pferdes, sondern bezüglich beider Pferde rechtfertigen, so ist ihm einzuhalten, daß er selbst beim 1sten Einlassungspunkte Bl. — zugestanden, ein Paar gleichfarbige, zusammen eingefahrene Kutschpferde verkauft zu haben, und daß schon der Natur der Sache nach bei dem Handel um zwei, vermöge eines bestimmten Zweckes vereinigte Gegenstände, deren Werth eben durch die Zusammengehörigkeit wesentlich bedingt wird, bei der Fehlerhaftigkeit der einen Sache die Redhibition des Ganzen gefordert werden kann, dann aber auch, daß sowohl in den hierher gehörigen Gesetzesstellen, wie insbesondere

l. 34. 35. 36. 38. §. 14. de aedil. edict. (21. 1.)

als auch von den Rechtslehrern, wie namentlich von

Curtius, Handbuch ꝛc., §. 1295. Note c.

Treitschke, der Kaufvertrag, §. 97. S. 234.

ausdrücklich anerkannt wird, daß der Käufer eines zusammengehörigen Paares Zugthiere dann zu Aufhebung des Kaufes in Rücksicht beider Thiere berechtigt ist, wenn nur eines derselben an einem Gewährsmangel leidet.

Ebenso fühlt sich der Beklagte mit Unrecht beim 3ten Gravamen dadurch beschwert, daß das vorige Urthel dem Kläger für den Fall des Unterliegens im gegenwärtigen Processe die Anstellung einer neuen Rescissionsklage auf dem Grunde erlittener Täuschung bezüglich des Alters der Pferde nachgelassen hat, da dem Kläger der Ausgang gegenwärtigen Processes in Bezug auf andere selbstständige Klaggründe nicht nachtheilig sein kann, und es sich von selbst versteht, daß in der zur Beschwerde gezogenen Stelle des Erkenntnisses darüber, ob zu Begründung einer solchen neuen Klage die in dieser Richtung schon jetzt vom Kläger angeführten Thatsachen ausreichend seien, eine definitive Bestimmung nicht hat getroffen werden sollen.

Dagegen war das angefochtene Urthel zur 4ten Beschwerde allerdings in seinem hauptsächlichsten Theile abzuändern, da die geleugneten Stellen im Eingange der Klage, über welche der Eid angetragen worden, für den Ausgang des Processes präjudiciell sind.

Von den Leiden nämlich, welche nach dem Inhalte der Klage an dem einen der erhandelten Pferde innerhalb der ersten drei Tage wahrgenommen worden sein sollen, gehört keines zu den sogenannten Cardinalfehlern, d. h. zu denjenigen, für welche der Verkäufer zu haften verbunden ist, auch ohne daß er aus Gefährde sie verschwiegen, oder die Fehlerfreiheit des Pferdes ausdrücklich versichert hat.

Daß dies bezüglich des in der Klage zuerst erwähnten Mangels an Freßlust und der Druse nicht der Fall sei, bedarf keiner besonderen Auseinandersetzung; beide Uebel, und zwar die Druse um deswillen, weil eine besondere Gefährlichkeit derselben nicht angeführt ist, sind überhaupt nicht als Mängel anzusehen, welche die Redhibition begründen, vielmehr lediglich als Krankheiten, welche die Brauchbarkeit der erkauften Sache höchstens vorübergehend mindern und daher einen Anspruch auf Aufhebung des Handels nicht gewähren.

Der weiter angeführte Dummkoller dagegen kann zwar unbedenklich als Gewährsmangel anerkannt werden; allein es zählt derselbe den s. g. Cardinalfehlern nicht bei, indem die einschlagende Vorschrift des Magdeburger Weichbildrechtes Artikel 97., nächst der hierher nicht gehörigen „unrechten Ankunft" nur das Stelig-, Staarblind- und das Harischlägigsein als die jeder Zeit zu vertretenden Fehler benennt, und der auf die Glosse zum Weichbildrechte gestützte Gerichtsbrauch nur noch die Rotzkrankheit denselben hinzugefügt hat,

vergl. Mittermaier, deutsches Privatrecht, 2. Abtheil. §. 281. Note 12.

Haubold, Lehrbuch des K. S. Privatrechts, 2. Aufl. §. 283.

Curtius, l. l. §. 1294.

während die von

Berger, oecon. for., lib. III. tit. VIII. th. VI. not. 3.

angeführte Ansicht, nach welcher auch der Koller jenen Hauptmängeln beizuzählen sein soll, in foro keine Geltung erlangt hat.

Vergl. auch Treitschke, der Kaufvertrag, §. 95.

Sonach ist Kläger nur dann berechtigt, wegen des eben erwähnten Fehlers auf Rescission des Handels zu dringen, wenn er sein Anführen, daß der Beklagte die Freiheit der Pferde von allen Fehlern versichert, und für alle Fehler zu garantiren versprochen habe, zu beweisen vermag, und ist daher der hierauf sich beziehende, auf den Eid gestellte Theil der Klage präjudiciell.

Der Beklagte hat solchen seinem wesentlichen Inhalte nach beim 7ten und 10ten Einlassungspunkte geleugnet; es sind auch die bezüglichen Anführungen, wie weiter unten zu zeigen, nicht auf andere Weise in Gewißheit gesetzt, und war daher zunächst auf eidliche Ablehnung dieser präjudiciellen Behauptungen zu erkennen und von solcher die Entbindung des Beklagten von der erhobenen Klage, sowie folgerecht die Verbindlichkeit des Klägers zur Kostenerstattung abhängig zu machen.

Da die Leistung erkannter Eide jeder Zeit zu präsumiren ist, so war, dem in causa ardua bestehenden Gerichtsbrauche gemäß, für den Fall der Nichtleistung schon jetzt eine Bestimmung nicht zu treffen; es wird vielmehr, wenn solcher eintritt, Sache eines neuen Erkenntnisses sein, die dann nothwendig werdende Beweisvorschrift zu geben.

II.

Zu Klägers Appellation.

Derselbe fühlt sich beim 1sten und 3ten Gravamen dadurch beschwert, daß überhaupt die Klage als des Beweises noch bedürftig angesehen worden sei.

Soweit dabei zuerst die im Eingange derselben enthaltenen Angaben über das Versprechen des Beklagten wegen der Fehlerfreiheit in Frage kommt, so kann der dort erwähnte, vom Kläger über die Bezahlung des Kaufgelderrestes von 100 Thalern —„— ausgestellte Schein an sich dem Beklagten

gegenüber einen Beweis nicht liefern, da solcher lediglich als scriptura pro scribente sich darstellt. Eben so wenig aber kann auch aus der zugestandenen Annahme dieses Scheines ein Einverständniß des Beklagten mit dem darin einseitig ausgesprochenen Vorbehalte gefolgert werden, da der Schein nicht allein diesen Vorbehalt, sondern seinem Hauptinhalte nach das für den Beklagten wichtige Schuldbekenntniß und Zahlungsversprechen des Klägers enthielt, und ihm daher allerdings daran gelegen sein mußte, solches in seine Hände zu bekommen, andere Umstände aber, aus welchen die vollständige Genehmigung des gesammten Inhaltes des Scheines abgenommen werden könnte, nicht angeführt sind.

Der übrige Theil der Klage kommt jetzt, dem Obigen zu Folge, noch nicht in Frage, und es ist daher, soweit Kläger behauptet, auch diesen bereits bewiesen zu haben, nur in der Kürze zu bemerken, daß die Uebernahme einer vierwöchentlichen Garantie Seiten Beklagtens, wie eben dargelegt worden, nicht bewiesen ist, und überdies das Zugeständniß bei Punkt 23. 26. 28. 29. der Einlassung bezüglich der Krankheit des Pferdes am 10. September 1850 noch nicht das Bekenntniß des Vorhandenseins eines die Redhibition begründenden Fehlers zur Zeit der Erkaufung in sich begreift, sowie ferner, daß die der Klage beigefügten thierärztlichen Zeugnisse Bl. — nur für das anerkannt worden sind, wofür sie ausgegeben worden, mithin für nicht mehr, als die unbeeideten und deshalb zur Zeit völlig unbeweiskräftigen Versicherungen zweier Personen, deren Qualification als Sachverständige erst in die gehörige Gewißheit zu setzen ist.

Zum 2ten Gravamen aber ist dem Kläger jedenfalls einzuhalten, daß der Beklagte zur Einlassung auf das einen neuen factischen Klaggrund enthaltende Vorbringen im Rechtstermine Bl. — aus dem Grunde nicht gehalten war, weil er zu selbigem nicht vorgeladen worden ist, und daß es vermöge der Vorschrift der

Proceßordnung, Titel 5. §. 4.,

wenn Kläger jenen neuen Klaggrund im gegenwärtigen Processe berücksichtigt sehen wollte, hierzu jedenfalls des Antrages auf anderweite Vorladung des Beklagten bedurfte.

Die Compensirung der Rechtsmittelkosten findet ihre Rechtfertigung schon darin, daß beide Theile appellirt haben."

Urthel des Königl. Oberappellationsgerichts v. J. 1853.

„Daß es bei dem Eingangs bezeichneten Urthel (zweiter Instanz) in Hinsicht auf das, was darinnen in der Hauptsache gesprochen worden, nicht zu lassen, derowegen die Entbindung und Loszählung des Beklagten nicht von der Leistung des fol. — vorgeschriebenen Eides abhängig zu machen, sondern es ist Kläger den Grund der erhobenen Klage und soviel ihm daran verneinet, und diesfalls insonderheit, daß der von ihm bezeichnete Fehler des Pferdes schon zur Zeit des abgeschlossenen Handels und der erfolgten Uebergabe vorhanden gewesen, Beklagtem der Gegenbeweis, die Gewissensrührung, beiden Theilen andere rechtliche Zuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, worauf in der Sache, nach Befinden auch wegen des angetragenen Eides, ferner ergehet, was Recht ist.

Entscheidungsgründe.

Die redhibitorische Klage ist beim Pferdehandel ohne weiteren Vorgang begründet, wenn das Pferd mit einem der sogenannten Cardinalfehler bei Abschließung des Handels behaftet gewesen. Es kann aber auch auf Zurücknahme des Pferdes dann geklagt werden, wenn andere Fehler, die das Pferd unbrauchbar machen, vorliegen und der Verkäufer ausdrücklich für die Fehler des Pferdes einzustehen versprochen. Wenn der Verkäufer eine dergleichen Garantie mit Benennung eines bestimmten Fehlers übernommen, so kommt die besondere Beschaffenheit des Fehlers und der Eintrag, welchen derselbe der Brauchbarkeit des Thieres thut, nicht besonders in Erwägung. Aber wenn der Verkäufer im Allgemeinen Fehlerfreiheit des Thieres zugesichert, so kann man zwar auf der einen Seite nicht annehmen, daß alles und jedes, was von Sachverständigen als von der Normalität abweichend erkannt wird, zur Anstellung einer redhibitorischen Klage berechtige, wie es denn überhaupt kaum erdenklich, wenigstens durchaus nicht vorauszusetzen ist, daß mit der Versicherung der Fehlerfreiheit von Seiten des Verkäufers eine Zusage geschehen sollen, daß das Thier durchgängig von allen Fehlern frei sei. Auf der anderen Seite aber kann man unmöglich annehmen, daß beim Pferdehandel eine von dem Verkäufer ausdrücklich ausgesprochene Erklärung, daß das Pferd fehlerfrei sei, wenn sie nicht insbesondere auf bestimmte Fehler gerichtet gewesen, doch nur dahin gegangen sei, die Befreiung des Thieres von Cardinalfehlern zu versichern. Der hier von Klägerm behauptete Fehler des sogenannten Dummkollers gehört schon nach dem, was die Sachverständigen in mehreren, bei den Acten vorhandenen Zeugnissen ausgesprochen haben, zu den bedeutendern Gebrechen des Thieres, zu den Uebeln, welche, wenn auch nicht alle Brauchbarkeit ausschließen, doch die Benutzung desselben zur Arbeit momentan stören, bedenklich, wohl gar gefährlich machen und die Dauer

seiner Dienstfähigkeit, die der Käufer sich in Aussicht stellen mögen, verkürzen. Wenn der Pferdehändler im Allgemeinen Fehlerfreiheit des Pferdes beim Verkaufe versichert, so kann man eine solche Erklärung unmöglich blos so aufnehmen, daß er damit lediglich für die sog. Cardinalfehler des Thieres Garantie leisten wollen, die er nach dem Gesetz unter allen Umständen gewähren muß, sondern man muß annehmen, daß eine solche Garantie für andere bedeutendere Fehler und darunter namentlich auch für solche, den Organismus des Thieres zerrüttende Krankheiten geleistet werde. Der Beklagte hat pct. lit. cont. 2. zugestanden, daß er die Pferde beim Verkaufe als fehlerfrei ausgegeben, ferner pct. 6. zugegeben, daß er für Fehler zu garantiren sich verpflichtet. Seine Verneinung ad pct. 7. und seine Anmerkungen ad pct. 2. und 6. können sich nur darauf beziehen, was er sich unter seiner Garantie gedacht hat, wenn er es bei dem allgemeinen Ausdruck Fehler bewenden lassen. Daß er selbst dabei nur an die Cardinalfehler gedacht habe, reicht nicht aus, wenn er sich darüber nicht deutlicher ausgesprochen, daß er nur für die gesetzlich bezeichneten Hauptfehler eine ganz unnöthige besondere Garantie leisten wollen. Man hat in dieser Hinsicht die Klage für eingestanden zu achten, wenn Beklagter nicht die von ihm beim Handel ausdrücklich ausgesprochene Beschränkung darzuthun vermöchte. Nun steht aber der Proceß allerdings so, daß dem Kläger nothwendig der Beweis des Umstandes zufallen müssen, der in seiner wesentlichen Beziehung auf die Behauptung gerichtet werden soll, daß der krankhafte Zustand des Pferdes schon beim Verkaufe desselben vorhanden gewesen. Da Kläger selbst nicht anzuführen vermocht, daß der Fehler sich schon innerhalb der nächsten drei Tage nach dem Kaufe in der behaupteten Maaße ausgewiesen oder von Sachverständigen erkannt worden, so tritt hier die Präsumtion nicht ein, daß derselbe schon beim Handel stattgefunden, sondern es muß dem Kläger diesfalls der Beweis auferlegt werden, welcher dann wohl für erbracht geachtet werden könnte, wenn, worauf Kläger selbst fol. — bereits hingewiesen, durch Sachverständige dargethan würde, daß nach den erwiesenen Symptomen der Krankheit, wenn sie sich auch nach den drei Tagen erst hervorgethan, ihrer Erscheinung, deren Zeitverhältnissen und ihrer Bedeutsamkeit nach mit Zuverlässigkeit abzunehmen steht, daß die Krankheit nicht erst nach dem Handel eingetreten. Es ist mithin das Erkenntniß der ersten Instanz wieder herzustellen gewesen, indem die Gründe, aus welchen Kläger, daß es seinerseits einer Beweisführung weiter gar nicht bedürfe, rechtliche Beachtung nicht finden können. Selbst wenn der Verkäufer bei dem Pferdehandel wirklich die Garantie übernommen, daß, wie Kläger fol. — in der Klage angegeben, sich die Fehlerfreiheit der Pferde als wahr erweisen werde, kann es nach dem Obigen nicht genügen, daß im Allgemeinen bald nach der Uebergabe der Pferde Symptome wahrzunehmen gewesen, an denen man Störung des Gesundheitszustandes erkennen würde. Es ist der Fehler, den man mit dem Namen des Dummkollers bezeichnet, ein Gebrechen, welches nach manchen Gesetzgebungen sogar den Cardinalfehlern beigezählt wird, und es gehört daher zum Beweise, daß es durch Sachverständige ermittelt werde, daß die Symptome geradezu auf das Vorhandensein dieses Fehlers hinweisen, oder daß man, wenn diese Krankheit auch später erst an deutlichen Anzeichen mit Bestimmtheit erkannt worden, aus den sich erweisenden Vorschritten derselben nach den Grundsätzen der Wissenschaft folgern muß, daß die Krankheit vor dem Kaufe schon begonnen haben müsse. Die Compensation der durch das Rechtsmittel erwachsenen Kosten ist durch den Wechsel der Erkenntnisse gerechtfertigt."

## 115.

**Dem Gegner des juraturus steht kein *Anspruch* auf Einräumung einer Sächsischen Frist zum Schwörungstermine zu*).**

Mitgetheilt von

Herrn Act. H. in B.

In einer zwischen dem Handarbeiter W. in L., als Klägerm, und den T.'schen Eheleuten zu R., als Beklagten, vor dem Patrimonialgericht zu R. anhängigen Proceßsache war den Beklagten rechtskräftig die Leistung zweier Eide zuerkannt worden.

Nach eingetretener Rechtskraft des diesfallsigen Urthels hatten die Beklagten wegen Abnahme dieser Eide die Anberaumung eines Schwörungstermins beantragt, und zugleich auf die ihnen in Betreff der Ladung zum Schwörungstermine einzuräumende Sächsische Frist verzichtet.

In dessen Folge war vom Proceßgericht der 10. October 1848 zum Schwörungstermin anberaumt, und waren die Beklagten unter dem 27. September 1848 dazu vorgeladen, Kläger aber an demselben Tage davon in Kenntniß gesetzt worden.

In dem anberaumten Schwörungstermine erschienen beide Parteien, und es erklärten die Beklagten, die ihnen zuerkannten Eide leisten zu wollen, Klägers Bevollmächtigter widersprach jedoch der Abnahme

*) Vgl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle, 1852. S. 163 f.

der Eide unter dem Anführen, daß er dieſe darum nicht geſchehen laſſe, weil zwiſchen dem Termine und der Inſinuation der betreffenden Ladungen nicht eine Sächſiſche Friſt innen liege, der von den Beklagten erfolgte Verzicht darauf aber das diesfallſige geſetzliche Erforderniß nicht alteriren könne.

Das Gericht, von der Anſicht ausgehend, eines Theils, daß die Sächſiſche Friſt bei Schwörungsterminen hauptſächlich nur zu Gunſten des juraturus beſtehe, dieſer alſo auch, ſich ſolcher zu begeben, das Recht, und das Gericht nur die Verpflichtung habe, Eidesleiſtungen nicht übereilt geſchehen zu laſſen, einer übereilten Eidesleiſtung aber im vorliegenden Falle ſchon darum nicht Vorſchub geleiſtet worden, als zwiſchen dem Tage der Inſinuation der Ladung und dem letztern ſelbſt immer noch eine Zeit von 12 Tagen innelag, andern Theils dem Gegentheile ſeinerſeits ein beſonderes Recht auf Innehaltung der Sächſiſchen Friſt nicht zuzugeſtehen ſei, weil derſelbe überhaupt nur ad videndum jurari geladen würde, der Grund aber, daß er ſeines Orts ein Intereſſe an der Sächſiſchen Friſt inſofern habe, um dieſelbe bis zum Termine zu Recherchen nach etwaigen Gegenbeweismitteln benutzen zu können, als ſtichhaltig nicht anzuſehen, da an ſich weder dieſe Friſt dazu gegeben, noch der Schwörungstermin überhaupt dazu, daß darin derartige Gegenbeweismittel geltend gemacht werden, da ſei, fand jenen Widerſpruch für unſtatthaft, und eröffnete dem Kläger, daß es trotz ſeines Widerſpruchs zu der Eidesabnahme verſchreiten werde, worauf dieſer dagegen Appellation einwendete.

Auf diesfalls erſtatteten Bericht verordnete das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig unterm 10./18. November 1848 unter Verwerfung des eingelegten Rechtsmittels an das Proceßgericht, über den erhobenen Widerſpruch und deſſen Folgen, da diesfalls Parteirechte vorlägen, über welche im Wege der Reſolution und Verordnung nicht entſchieden werden möge, nach Anberaumung eines Inrotulationstermines, bis zu welchem den Intereſſenten mit ihrem etwanigen Vorbringen einzukommen unverwehrt, rechtlich zu erkennen oder erkennen zu laſſen.

Das vom Königl. Spruchcollegium zu Leipzig eingeholte, am 12. Januar 1849 den Parteien publicirte Urthel des Königl. Spruchcollegii zu Leipzig erkannte hierauf:

„Weil, nach dem Erſcheinen des Geſetzes vom 19. Februar 1838, die perſönliche Anweſenheit des Gegners derjenigen Partei, welcher die Leiſtung eines erkannten Eides obliegt, im Schwörungstermine nicht erforderlich, auch deshalb eine Citation an denſelben zur Abwartung dieſes Termins nicht zu erlaſſen, ſondern nur der dazu anberaumte Tag, unter Mittheilung der Eidesnotul, ihm Gerichtswegen bekannt zu machen und ihm, ob er dabei gegenwärtig ſein wolle, freizuſtellen iſt; mithin derſelbe — und in gegenwärtigem Falle Kläger — ein rechtliches Intereſſe dabei, daß Beklagte auf die Sächſiſche Friſt zum Schwurtermine verzichtet, gar nicht gehabt, auch, wenn ſolches wirklich der Fall geweſen, er vor Eintritt des Termins ſeinen Widerſpruch hätte vorbringen ſollen, übrigens die Bemerkung in

Oſterloh, ordentl. bürgerl. Proceß, §. 260. S. 209. not. 9.,

auf welche Kläger ſich bezieht, nur von dem Falle ſpricht, wenn der juraturus ſofort, d. h. ohne die Rechtskraft des Interlocuts, oder eine gerichtliche Ladung abzuwarten, ſich zu Ableiſtung eines Eides erbietet: So iſt in Gemäßheit der

Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. X. §. 4.

der Bl. — sub ⊙ und ☽ von Beklagter und Mitbeklagtem zu leiſten geweſene Eid für geleiſtet zu achten, derowegen es nunmehro bei dem Bl. — eventuell geſprochenen abſolutoriſchen Beſcheide ſchlechterdings ſein Verbleiben hat; es iſt auch Kläger die fernerweit erwachſenen Proceßkoſten Beklagter und Mitbeklagtem zu erſtatten verbunden. V. Rechts Wegen."

Gegen dies Urthel appellirte Kläger, und es wurde hierauf den Parteien am 4. September 1849 folgendes Urthel des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig verkündet:

„Daß das Bl. — zu leſende, am 29. Januar 1849 publicirte Urthel aus vorigen Gründen, und in Betracht, daß, wenn in der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XVIII. §. 7. die Beſtimmung,

> es ſolle der Richter, ſobald im Urthel auf eine Eidesleiſtung erkannt ſei, einen Termin ad jurandum mit Einräumung einer Sächſiſchen Friſt anſetzen und die Parteien darzu gebührend vorladen,

in dem Geſetze vom 19. Februar 1838. §. 4. aber die Vorſchrift,

> daß in Zukunft eine Vorladung zu dem Schwörungstermine nur an eine Partei, diejenige, welche den Haupteid zu leiſten hätte, zu erlaſſen ſei,

enthalten iſt, hieraus von ſelbſt folgt, daß dem Gegner des juraturus der Anſpruch auf Einräumung einer Sächſiſchen Friſt zu dem Schwörungstermine, der ihm nach der Erl. Proc.-Ordn. unzweifelhaft zuſtand, dadurch wiederum genommen worden, daß ihm das letztgedachte Geſetz vom Jahre 1838 den Anſpruch auf Empfang einer Vorladung, in welcher die Sächſiſche Friſt zu gewähren iſt, entzogen hat, mithin der Anſicht des Klägers Bl. —, als ſei in

dieſer Beziehung an den Beſtimmungen der Erl. Proc.-Ordn. durch das neuere Recht Etwas nicht geändert worden, nicht beigepflichtet werden können,

im Uebrigen aber, wie einer Seits das Recht derjenigen Partei, zu deren alleinigen Gunſten das Geſetz eine beſtimmte Friſt geordnet hat, auf dieſe Friſt ganz oder theilweiſe zu verzichten, nicht zu bezweifeln ſteht, ſo auch anderer Seits für die Annahme eines diesfallſigen Widerſpruchsrechtes des Gegners in dem vorliegenden Falle um ſo weniger ein haltbarer Grund abzuſehen, als es ſich gegenwärtig um die Ableiſtung des über die Klage angetragenen Eides handelt, und dem Kläger im Zweifel nur an einer ſchleunigen Beendigung des Rechtsſtreites gelegen ſein kann, wogegen der Einwand deſſelben Bl. —, es beruhe ſein diesfallſiges Intereſſe auf der Ermittelung anderer Beweismittel, ſchon deshalb ganz irrelevant erſcheint, weil der Kläger durch die Wahl des Eidesantrages zu erkennen gegeben, daß er andere Mittel zum Beweiſe der Klage entweder nicht beſitze, oder davon zu Abkürzung des Proceßganges keinen Gebrauch machen wollen,

der eingewendeten Berufung ungeachtet zu beſtätigen, jedoch mit Ausſchluß deſſen, was Bl. — der Koſten halber erkannt worden, als welche vielmehr mit Rückſicht auf die dritte Beſchwerde Bl. — zu compenſiren, da die einſchlagende Rechtsfrage nicht geradezu für eine völlig unbeſtrittene ausgegeben werden kann.

Die Koſten des Rechtsmittels werden in Beachtung dieſer Abänderung des vorigen Erkenntniſſes unter den Parteien aufgehoben."

## 116.

### Zu Erlaſſung der Subhaſtationsauflage iſt die Proceßbehörde, nicht die Grund- und Hypothekenbehörde des verholfenen Grundſtücks competent.

Mitgetheilt von

Herrn Adv. H. in M.

Nach §. 40. des Geſetzes vom 6. November 1843 ſind die bei der Hülfsvollſtreckung in Immobilien üblich geweſenen ſymboliſchen Handlungen weggefallen, damit aber für die nach der erläuterten Proceßordnung ad tit. XXXIX. §. 11. dem Schuldner nach geſchehener Execution und Immiſſion nachgelaſſene vierwöchige Friſt (Einlöſungsfriſt) ein beſtimmter Anfangspunkt vorhanden ſei, von welchem an ſie berechnet werde, ſo ſoll nach der Verordnung vom 15. Februar 1844 die Behörde, wenn bei ihr nach erfolgter Feſtſtellung des Schuldbetrags auf Zwangsverſteigerung angetragen wird, zunächſt an den Schuldner eine Auflage des Inhalts erlaſſen, daß, wenn er nicht binnen 4 Wochen den Gläubiger befriedige und ſolches nachweiſe, ſodann mit Conſignation und Taration des Grundſtücks Behufs der Verſteigerung und mit letzterer ſelbſt werde verfahren werden.

Nach

Oſterloh, ordentl. bürgerl. Proceß, §. 364., und

Heyne, Commentar zu dem Geſetze vom 6. November 1843, Bd. II. S. 312.

ſoll dieſe Subhaſtationsauflage von der ſubhaſtirenden Behörde (d. i. Grund- und Hypothekenbehörde) ausgehen, und hiernach würde, falls die Proceßbehörde nicht zugleich die zuſtändige Grund- und Hypothekenbehörde iſt, an Letztere von Erſterer zu requiriren ſein. Einen Grund für dieſe Meinung hat man darin zu finden geglaubt, daß ſchon der Hülfsvollſtreckungseintrag durch die Grund- und Hypothekenbehörde zu geſchehen habe, und daß, wo ein ſolcher, wie bei bereits hypothecirten Forderungen entbehrlich iſt, die fragliche Auflage den Eintritt der mit der Hülfsvollſtreckung ſelbſt verbundenen rechtlichen Wirkungen anzeige und das Subhaſtationsverfahren einleite.

Bei Entſcheidung einer hierüber zwiſchen zwei Behörden entſtandenen Competenzdifferenz ſprach Sich jedoch das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig unter dem 28. März 1854 folgender Maaßen aus:

„Die Auflage, welche in Gemäßheit des zweiten Abſchnittes von §. 17. der zu Ausführung des Geſetzes vom 6. November 1843, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenweſen betreffend, unter dem 15. Februar 1844 gegebenen Verordnung nach der Hülfsvollſtreckung in ein Immobile, und bevor mit Conſignation und Taration des verholfenen Grundſtücks Behufs der Verſteigerung verfahren wird, an den Schuldner zu erlaſſen iſt, ſteht, da ſie lediglich dazu dient, für die dem Schuldner zukommende vierwöchentliche Einlöſungsfriſt einen beſtimmten Anfangspunkt zu gewinnen, mit dem Acte der Execution ſelbſt oder der Subhaſtation in keinem unmittelbaren Zuſammenhange. Sie erſcheint vielmehr als eine reine Proceßauflage, als eine Aufforderung zur Einlöſung, woraus von ſelbſt folgt, daß ſie in dem Falle, wenn die Proceßbehörde und die Behörde des verholfenen Grundſtücks von einander verſchiedene ſind, in gleicher Weiſe, wie die Hülfsauflage, welche der Execution vorauszugehen hat, und bei welcher auch von dem Schuldner die Befriedigung des Gläubigers nachzuweiſen iſt, erlaſſen werden muß. Dies ergiebt ſich ſchon aus den Worten erwähnten §. 17. der Ausführungsverordnung. Denn wenn es darin heißt:

„ſo hat die Behörde, wenn bei ihr auf Zwangsverſteigerung angetragen iſt,"

ſo deutet dies beſtimmt genug darauf hin, daß von der Behörde, bei welcher der Antrag auf Zwangsverſteigerung zu ſtellen iſt, alſo von der Proceßbehörde, die fragliche Auflage auszugehen habe."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz.

Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 56.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 117.

Zur Lehre von der actio Pauliana und dem remedium ex gratificatione. — Derjenige, welcher einen im Besitze des Beklagten befindlichen Gegenstand als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, an den sich ein Kläger wegen einer rechtskräftig erstrittenen Forderung halten will, kann den frühern Rechtsstreit nicht als res inter alios acta ansehen, sondern hat das Ergebniß desselben auch in diesem Processe bis zum Beweise des Gegentheils gegen sich gelten zu lassen.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

Der Strumpfwaarenhändler C. hatte im Jahre 1850 den Strumpfwirker M. zu G. wegen einer Waarenforderung von 204 Thlrn. 16 Ngr. 5 Pf. in rechtlichen Anspruch genommen und die Entscheidung war vom relatum abhängig gemacht, dieses aber am 24. August 1850 vom Kläger abgeleistet worden. Auf dessen Antrag erhielt auch M. eine Hülfsauflage, worin ihm aufgegeben wurde, den Kläger bis zum 4. October wegen des schuldigen Betrags zu befriedigen. M. suchte das Hülfsverfahren durch allerhand Vorwände aufzuhalten, mit denen er abgewiesen wurde, und es producirte nun dessen Ehefrau unterm 9. October 1850 einen mit ihrem Ehemanne angeblich unterm 10. September ej. ai. abgeschlossenen, am 8. October gerichtlich recognoscirten Kaufcontract, nach welchem sie nicht allein das Waarenlager ihres Ehemanns, sondern auch dessen sämmtliche fahrende Habe für einen Kaufpreis von 1161 Thlrn. 23 Ngr. 5 Pf. erworben haben wollte, welcher dadurch bezahlt worden, daß sie eine von M. angeblich dem Schlosser W. zu G. zu berichtigende Darlehnschuld von 1161 Thlrn. 23 Ngr. 5 Pf. zu eigner Vertretung übernahm und zugleich erklärte, daß sie durch diesen Kauf wegen einer ihrem Ehemanne inferirten Summe von 400 Thalern befriedigt worden, in welchem aber auch M. auf das ehemännliche Nutznießungsrecht auf dem Vermögen der Frau ausdrücklich Verzicht geleistet hatte.

Die M. beantragte auf Grund dieser Urkunde, mit dem gegen ihren Ehemann eingeleiteten Executionsverfahren nicht weiter vorzugehen, weil dieses zu keinem Resultate führen würde; C. ließ auch dieses Verfahren vorbehältlich seiner weiteren Anträge nicht fortstellen, trat vielmehr gegen M.'s Ehefrau mit einer Klage auf Rescission dieses Mobilienkaufs hervor, welches Gesuch er hauptsächlich darauf stützte, daß aus diesem Contracte M.'s Insolvenz erhelle, Beklagte aber noch außerdem durch ihren Ehemann erfahren habe, daß er ihm, C., 204 Thlr. 16 Ngr. 5 Pf. für Strumpfwaaren schulde und nach Leistung des relati mit executivischen Maaßregeln bedroht worden sei; wenn sie dennoch bei ihrer Kenntniß von der Insolvenz ihres Ehemanns das ihm gehörige Mobiliar an sich gekauft, so liege in diesem Kaufe offenbar die Absicht, durch dieses Rechtsgeschäft dem Kläger das Object zu entziehen, aus welchem er Befriedigung seiner Forderung sich verschaffen wolle. Das Petitum war dahin gestellt, daß der in Rede stehende Kaufcontract wiederum aufzuheben und Beklagte die verkauften Gegenstände, insoweit sie zur Deckung der Forderung Klägers nothwendig, mit allen daraus gezogenen Nutzungen herauszugeben schuldig sei.

Die Beklagte ſtellte die Richtigkeit der klägeriſchen Forderung in Abrede und widerſprach dem Vorbringen, indem ſie in den Anmerkungen zum 30ſten, 35ſten und 44ſten Einlaſſungspunkte behauptete, M. ſei dem W. in Wahrheit nie 1161 Thlr. 23 Ngr. 5 Pf. ſchuldig geweſen, ſie ſelbſt habe das Handelsgeſchäft mit ihrem Baarvermögen gegründet, und mit ihres Ehemanns Genehmigung auf ihre eigne Rechnung und Gefahr betrieben und den daraus gemachten Gewinn als Sondergut überlaſſen erhalten; ſie habe ihm weit mehr, als die im Contracte gedachten 400 Thaler, vielmehr Alles, was er an Mobilien beſitze, eingebracht, und zwar unter dem urſprünglich ſich gemachten Vorbehalte, über deſſen Subſtanz und Nutzung immer allein und ſelbſtſtändig verfügen zu können; der Contract ſei nicht in der Abſicht gemacht worden, um den Kläger wegen Geltendmachung ſeiner angeblichen Forderung abzuweiſen, ſondern lediglich deshalb, damit ſie noch bei Lebzeiten deſſelben ein bündiges Anerkenntniß aufzuweiſen habe, daß alle Mobilien und Immobilien ihr eigenthümlich gehörten, falls ihr Ehemann an der gerade um dieſe Zeit graſſirenden Cholera plötzlich mit hinweggerafft werden ſollte.

Das Spruchcollegium zu Leipzig, an welches die Acten von dem Proceßgerichte eingeſendet wurden, forderte zunächſt die früher zwiſchen C. und dem Ehemanne der Beklagten ergangenen Acten ein und entſchied (anno 1852) alſo:

„Weil Kläger die Wiederaufhebung des von der Beklagten mit ihrem Ehemanne, C. A. M., unterm 8. September und 8. October 1850 abgeſchloſſenen Mobilienkaufs unter dem Anführen beantragt, daß er gegen M. eine Waarenſchuld von 204 Thalern 16 Ngr. 5 Pf. eingeklagt und ein denſelben verurtheilendes Erkenntniß erlangt, daß die Beklagte durch Production jenes gerichtlich recognoscirten Kaufs, in welchem ihr M. all ſein Hab und Gut ohne Ausnahme verſchrieben und verkauft, die unterm 13. September 1850 bereits angedrohte Execution zu hindern gewußt, gedachter Kauf aber wegen offenbarer Ueberſchuldung M.'s, und da er nur in der Abſicht, ihn zu verkürzen, abgeſchloſſen worden, keine Gültigkeit habe,

und nun allerdings zwar dieſe Klage weniger durch die darin vorgetragenen Rechtsgrundſätze, als durch der Beklagten Zugeſtändniſſe im Verfahren aufrecht erhalten wird, indem dieſelbe Bl. — unumwunden eingeräumt, daß der fragliche Contract kein eigentlicher Mobilienkauf, ſondern nur zum Schein abgefaßt worden ſei, um ſie wegen ihres Einbringens ſicher zu ſtellen, und ihr Ehemann in Folge dieſes Geſchäfts nichts beſitze, um den Kläger wegen ſeiner Forderung zu befriedigen, nun aber darauf, daß der Beklagten die Forderung Klägers nicht bekannt geweſen ſein ſoll — was ſich nach Lage der Sache wohl bezweifeln läßt — und daß ſie ſogar deren Verität und die Abſicht der Contrahenten, durch den Abſchluß des Kaufs den Kläger zu verkürzen, beſtreitet, Etwas nicht ankommt, da die Richtigkeit dieſer nur erſt wegen einer neuerdings producirten Quittung auf 156 Thlr. 16 Ngr. 5 Pf. herabgeſetzten Forderung aus den nachgeſendeten Amtsacten vollſtändig erhellt, vielmehr die Reſciſſion des Kaufsgeſchäftes quoad summam concurrentem darum auszuſprechen iſt, weil die Begünſtigung, welche der Beklagten vor dem Kläger zu Theil geworden, darauf hinausgelaufen, ſie wegen einer noch nicht gefälligen Forderung, nämlich wegen ihres Einbringens, was eine Frau während des Beſtehens der Ehe in der Regel mit Erfolg Rechtens nur nach dem Ausbruche des Concurſes zurückfordern kann — zu befriedigen oder ſicher zu ſtellen, welchenfalls in den Geſetzen

L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. quae in fraud. (42. 8.) verb.:

„Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri,"

die Bekanntſchaft des Empfangenden mit der inſolventen Lage und mit der auf Verkürzung eines andern Gläubigers gerichteten Abſicht des Schuldners nicht als Bedingung der Paulianiſchen Klage aufgeſtellt wird,

vergl. Zeitſchrift für Rechtspflege ꝛc. N. F. Bd. IV. S. 468.

Rechtslexikon, Bd. II. s. v. Concurs, S. 783. derartige Scheingeſchäfte aber überhaupt keine verbindliche Kraft haben, vielmehr (auch außerhalb des formellen Concurſes) von jedem Dritten, der dadurch beeinträchtigt wird, umgeſtoßen werden können,

L. 55. D. de contr. emt. (18. 1.)

L. 54. D. de oblig. et act. (44. 7.)

L. 21. C. de transact. (2. 4.)

Glück, Erl. der Pand., Th. IV. §. 302. S. 155

25ſte Dec. v. J. 1746.

Günther, Progr. de Pauliana actione extra concursum instituta obs. (Lips. 1842.) §. 2. pag. 3

ſo iſt das in der Klage gedachte, zwiſchen der Beklagten und deren Ehemann abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft nach Höhe der von dem Kläger gegen M. geltend gemachten und resp. um 48 Thlr. — — verminderten Forderung ſammt Acceſſorien wieder aufzuheben, derowegen Beklagte, dafern ſie es nicht vorziehen ſollte, den Kläger wegen ſeiner Forderung ſelbſt zu befriedigen, geſchehen zu laſſen ſchuldig, daß in die laut des Kaufs vom 8. September 1850

ihr übereigneten Effecten wegen des nunmehr aufs Neue zu constituirenden Liquidi die Hülfe vollstreckt werde, sie ist auch dem Kläger die Kosten des Processes zu erstatten verbunden."

Auf die Appellation der Beklagten erkannte aber das Appellationsgericht zu Leipzig dahin:

„Daß es bei der Erklärung Klägers, wonach die in der Klage bezeichnete Forderung von 204 Thlrn. 16 Ngr. 5 Pf. auf 156 Thlr. 16 Ngr. 5 Pf. herabgesetzt worden, bewendet.

Die Hauptsache anlangend, ist es bei dem Bl. — befindlichen Urthel auf die eingewendete Appellation allenthalben nicht zu lassen, würde vielmehr Kläger den Grund der Klage, und soviel ihm davon verneint worden, binnen Sächsischer Frist, Beklagter den Gegenbeweis, in welchem ihr zugleich das exceptivische Vorbringen in den Anmerkungen ꝛc. auszuführen unbenommen, ingleichen die Gewissensrührung, beiden Theilen auch andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht, beweisen, so ergehet darauf in der Hauptsache, sowie der Kosten halber, weiter, was Recht ist.

Die Kosten der Appellationsinstanz werden compensirt."

Die Gründe dazu lauten also:

„Inhalts des in der Klage angezogenen, Bl. — in Abschrift ersichtlichen Kaufcontracts hat Verkäufer, der Ehemann der Beklagten, die dort speciell verzeichneten Mobilien an die Letztere für den Kaufpreis von zusammen 1165 Thlrn. 23 Ngr. 5 Pf. verkauft, und die Abkäuferin über die Berichtigung dieses Kaufpreises mit dem Bemerken quittirt, es sei ihm derselbe dadurch baar und richtig gewährt worden, daß seine Ehefrau

a) 1161 Thlr. 23 Ngr. 5 Pf., welche er dem Schlosser Moritz W. in G. schulde, als ihre eigene Schuld übernommen, und

b) 400 Thlr. —ˌ —ˌ von dem Verkäufer als Theil ihres Einbringens zurückgewährt erhalten zu haben bekannt habe.

Wenn nun Kläger unter Beziehung darauf, daß hiernach der Ehemann der Beklagten zu vollständiger Befriedigung seiner Gläubiger außer Stande gewesen, Beklagte selbst aber zur Zeit des Kaufabschlusses gewußt habe, daß ihr Ehemann insolvent sei, die Wiederaufhebung des Kaufcontractes und die Herausgabe der verkauften Gegenstände, sammt den davon gezogenen Nutzungen Seiten der Beklagten gefordert hat, so steht der Statthaftigkeit seiner Klage, als actio Pauliana, als welche sie sich charakterisirt, wie schon die erste Instanz angedeutet hat, abgesehen davon, daß es an einer stringenten Beziehung auf eine fraudatorische Disposition des Schuldners gebricht, schon der Umstand entgegen, daß die zu Begründung der Klage erforderliche Behauptung der conscientia fraudis auf Seiten der Abkäuferin in dem oben erwähnten Anführen wenigstens mit der für den darüber gebrauchten Eidesantrag nothwendigen Bestimmtheit keineswegs enthalten ist. Hätte auch die Beklagte, wie behauptet worden, von ihrem Ehemanne erfahren, daß derselbe dem Kläger 204 Thlr. 16 Ngr. 5 Pf. schuldig sei und deshalb mit executivischen Maaßregeln bedroht werde, so würde doch daraus noch nicht folgen, daß sie von der Absicht ihres Ehemannes, den Kläger durch den Abschluß des fraglichen Vertrags zu benachtheiligen, Kenntniß gehabt und daran wissentlich Theil genommen habe.

l. 10. §. 2. D. quae in fraud. credit.
„quod ait praetor „sciente te" sic accipimus „te conscio et participante": non enim si simpliciter scit, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est."

Die erste Instanz hat daher die erhobene Klage in anderer Weise, als sog. remedium ex gratificatione, aufrecht zu erhalten gesucht, indem sie den Mangel der Absicht einer Verkürzung Klägers (fraudatio) und die Mitwissenschaft der Beklagten davon um deswillen für unerheblich erachtet, weil der fragliche Contract den Geständnissen des Beklagten zufolge kein Kauf, sondern ein zu Sicherstellung wegen ihres Einbringens abgeschlossenes Scheingeschäft sei und die Befriedigung der Beklagten wegen einer noch nicht gefälligen Forderung, als welche das in der Regel erst nach Auflösung der Ehe zu restituirende Einbringen sich darstelle, eine widerrechtliche Begünstigung derselben zu dem Nachtheile Klägers enthalte. Dem steht jedoch entgegen, daß zunächst nach den Geständnissen der Beklagten ein bloßes Scheingeschäft, wenigstens in dem Sinne, als ob ein rechtsverbindlicher Vertrag unter den Contrahenten selbst überhaupt nicht beabsichtigt worden sei, sondern nur Dritten gegenüber als solcher gelten solle, gar nicht vorliegt, vielmehr Beklagte nur soviel zugegeben hat, es sei das wirkliche Rechtsverhältniß der Contrahenten ein anderes gewesen, als es nach dem streitigen Vertrage erschiene, indem ihr Vermögen bei Eingehung der Ehe Receptitienqualität erlangt habe, das Handlungsgeschäft von ihr mit demselben begründet und für eigene und alleinige Rechnung geführt worden sei, ihr daher an den angeblich erkauften Mobilien und Waaren schon das Eigenthumsrecht zugestanden und sie deshalb durch den abgeschlossenen Vertrag dasselbe nicht erst erworben, sondern nur ein Anerkenntniß dafür Seiten

ihres Ehemannes erlangt habe. Offenbar wird aber durch die Gewißheit, daß Beklagte die in Rede stehenden Effecten durch den fraglichen Vertrag nicht erworben habe, die Möglichkeit nicht aufgehoben, daß sie das Eigenthum daran in anderer rechtsgültiger Weise erlangt und der Vertrag nur die Bekräftigung und Anerkennung ihres diesfallsigen Rechtes bezweckt habe, es würde solchenfalls mit Beseitigung der gewählten Form des Vertrags nur das wahre Rechtsverhältniß der Contrahenten in rechtliche Erwägung gelangen und deshalb der Beklagten wenigstens der Beweis ihres diesfallsigen Vorbringens nicht zu versagen gewesen sein.

Dazu kommt aber, daß, wenn wirklich die Beklagte durch den mehrerwähnten Vertrag nur ihres Einbringens halber befriedigt worden wäre, dies eine Verkürzung des Gläubigers und eine widerrechtliche Begünstigung der Beklagten nur insoweit involviren würde, als Letztere dadurch wirklich ein Mehreres erhalten hat, als sie im Verhältnisse zu dem Kläger bei dem wirklichen Concurse erhalten haben würde; denn der zu Begründung der actio Pauliana nothwendige eventus fraudis

l. 10. §. 1. D. tit. cit.

ist nur insoweit vorhanden, als der Gläubiger durch die behauptete Fraudation um etwas gebracht worden ist, was er ohne dieselbe im Falle des Concurses erlangt haben würde. Würde nun aber Kläger als blos chirographarischer Gläubiger der Beklagten in Ansehung ihres Einbringens, rücksichtlich dessen sie gesetzlich ein persönliches Vorzugsrecht genießt, bei dem Concurse nachstehen, so läßt sich auch nicht behaupten, daß er durch die Befriedigung der Beklagten zu dem Belaufe der ganzen, ihr gewährten Summe verkürzt worden sei, vielmehr würde dabei an sich nur das der Letzteren gewährte commodum repraesentationis oder doch nach Befinden nur das besonders nachzuweisende Interesse Klägers (quanti intererat, dotem suo tempore reddi) in Betracht gezogen werden können. Ein Anderes und Mehreres ist auch in den von der ersten Instanz angezogenen Gesetzstellen nicht ausgesprochen, im Gegentheil ist in der citirten

l. 17. §. 2. D. quae in fraud. credit.

„si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, quanti intererat creditorum, dotem suo tempore reddi: nam praetor etiam in tempore fraudem fieri intelligit“,

ein dem gegenwärtigen analoger Fall ganz den vorerwähnten Grundsätzen entsprechend beurtheilt.

Nirgends hat aber Kläger näher nachgewiesen, daß und inwieweit die Beklagte durch die Vertragsverhandlung mit ihrem Ehemanne in Bezug auf ihr Einbringen besser gestellt worden sei, als sie im Concurse diesfalls weggekommen sein würde, und Man hat daher auch die der erhobenen Klage in voriger Entscheidung gewordene Beurtheilung in gegenwärtiger Instanz nicht theilen können. Dagegen sind für Aufrechterhaltung derselben andere und zwar die nachstehenden Erwägungen maaßgebend gewesen:

1) Aus dem Vorbringen ist wenigstens die Behauptung zur Genüge zu entnehmen, daß der Ehemann der Beklagten zu der Zeit des fraglichen Contractsabschlusses bereits insolvent gewesen, oder doch durch denselben materiell insolvent geworden sei, und sonach die actio Pauliana bekanntlich auch für den einzelnen Gläubiger begründet, vorausgesetzt, daß derselbe eine Fraudation Seiten des Schuldners, beziehentlich die Mitwissenschaft des begünstigten Dritten nachzuweisen vermag.

l. 17. §. 1. D. tit. cit.

In der letzterwähnten Hinsicht hat

2) Kläger zwar lediglich auf das ganze zwischen der Beklagten und deren Ehemanne abgeschlossene Rechtsgeschäft sich bezogen und die Klagbitte auf Wiederaufhebung des Kaufcontractes, sowie auf Herausgabe der verkauften Effecten behufs seiner Befriedigung gerichtet, inzwischen geht seine Intention unverkennbar auch auf theilweise Rescission der fraglichen Verhandlung, wenn und soweit solche mit Bestande Rechtens zu seiner Befriedigung wegen des libellirten Anspruchs führt. Insbesondere ist es unbedenklich, auch die von dem Verkäufer geleistete Quittung über den Kaufpreis, soweit solche in fraudem creditorum geschehen und mithin der Aufhebung durch die actio Pauliana unterliegt,

l. 25. pr. D. tit. cit.

als Gegenstand der Klage zu betrachten, da die diesfalls quoad summam concurrentem auszusprechende Annullirung der fraglichen Quittung, sowie die daraus folgende Verurtheilung der Beklagten zu Zahlung der betreffenden Summe behufs der Befriedigung Klägers im Wesentlichen dem von ihm gestellten Verlangen entspricht, und kein Grund abzusehen ist, aus welchem Kläger durch diese Verbesserung seines Klaggesuches sich für beeinträchtigt halten könnte. Nun hat

3) der Ehemann der Beklagten über den Empfang des stipulirten Kaufpreises an 1161 Thlr. 23 Sgr. 5 Pf., wie oben gedacht, dergestalt quittirt, daß daraus entschieden hervorgeht, es sei derselbe nicht baar an ihn gezahlt, sondern durch verschiedene angeblich

Gegenleiſtungen der Beklagten gewährt worden. Soweit dieſe Gewährung durch das Bekenntniß der Beklagten über den Rückempfang von 400 Thlrn. —ſ —ſ Einbringen erfolgt ſein ſoll, iſt nach dem ſchon oben Bemerkten eine betrügliche Verkürzung Klägers um ſo weniger anzunehmen, als derſelbe die Richtigkeit des angeblichen Einbringens der Beklagten nirgends beſtritten hat. Dagegen hat die Beklagte, ſoviel die von ihr angeblich übernommene W.'ſche Schuld anlangt, in der Anmerkung unumwunden eingeräumt, daß in Bezug auf ſothane Schuld nicht ihr Ehemann, ſondern ſie ſelbſt die eigentliche und urſprüngliche Schuldnerin geweſen ſei. Hat ſie daher den Kaufpreis für die käuflich erworbenen Gegenſtände theilweiſe blos durch Uebernahme der vorgedachten Schuldforderung berichtigt, ſo hat ſie inſoweit denſelben überhaupt gar nicht gewährt, ſondern zu dem nach Abzug des quittirten Einbringens verbleibenden Betrage von 761 Thlrn. 23 Ngr. 5 Pf. ohne alle Gegenleiſtung von dem Verkäufer erlaſſen oder geſchenkt erhalten.

Bekanntlich iſt aber

4) die actio Pauliana durch jede lucrative Erwerbung, durch welche die Gläubiger benachtheiligt werden, begründet, ohne daß es des Nachweiſes bedarf, daß die Abſicht des Schuldners auf die Verkürzung der Gläubiger gerichtet geweſen ſei — denn die Abſicht liegt in der Sache — oder daß der Empfänger des lucri Wiſſenſchaft von dem betrüglichen Gebahren des Schuldners habe — denn er erleidet durch die Klage keinen wirklichen Vermögensverluſt, ſondern erlangt nur etwas nicht, worauf er keinen rechtlich begründeten Anſpruch hatte.

l. 6. §. 11. D. tit. cit.

Es kommt ſonach nichts darauf an, ob Beklagte von der Inſolvenz ihres Ehemannes überhaupt oder von dem Stande ſeines Rechtsverhältniſſes zu dem Kläger insbeſondere bei dem Abſchluſſe des Kaufes Kenntniß gehabt habe oder nicht.

Zu einer ſofortigen Definitiventſcheidung der Sache iſt gleichwohl um deswillen nicht zu gelangen, weil es

5) zur Zeit an der Verificirung des Klagvorbringens in doppelter Beziehung gebricht. Zunächſt iſt

a) die Forderung Klägers in dem von ihm nach Ausweis der Beilageacten gegen den Ehemann der Beklagten anhängig gemachten Vorproceſſe zwar dem urſprünglichen Schuldner, nicht aber der Beklagten gegenüber feſtgeſtellt.

Die Beklagte aber, die durch das Ergebniß eines unter dritten Perſonen verhandelten, für ſie fremden Rechtsſtreites an ſich nicht gebunden iſt, hat die Richtigkeit der Forderung Klägers entſchieden in Abrede geſtellt.

b) Daß der Ehemann der Beklagten zu der Zeit des Contractsabſchluſſes bereits inſolvent geweſen oder in Folge deſſelben inſolvent geworden ſei, hat Beklagte geleugnet, und ihre Herauslaſſungen in den Anmerkungen weiſen zwar darauf hin, daß ihr Ehemann weder zu dem fraglichen Zeitpunkte, noch bei der Verheirathung mit ihr etwas Erhebliches im Vermögen beſeſſen habe, ſind jedoch nicht beſtimmt und umfaſſend genug, um ein unumwundenes Bekenntniß der wirklichen Inſolvenz ihres Ehemannes an die Hand zu geben, zumal da nach Ausweis der Beilageacten die Hülfsvollſtreckung wider den Schuldner ſelbſt zur Zeit noch nicht ſtattgefunden hat, mithin nicht einmal deren etwaige Erfolgloſigkeit einen Beweisgrund dafür abgeben kann, daß derſelbe außer den jetzt im Streite befangenen Effecten etwas nicht im Vermögen beſitze, was zu Befriedigung Klägers dienen könnte.

Es war daher dem Kläger der Beweis des Grundes der Klage, ſoweit derſelbe nach dem vorſtehend Bemerkten als geleugnet anzuſehen geweſen, aufzuerlegen, dagegen

6) der Beklagten für den ihr zuſtehenden Gegenbeweis zugleich die Ausführung ihres exceptiviſchen Vorbringens nachzulaſſen.

Denn obſchon das Anführen der Beklagten an den im Urthel angezogenen Stellen des Einlaſſungs- und Exceptionsſatzes inſofern juriſtiſch unklar erſcheint, als dabei einmal davon, daß die Beklagte ihrem Ehemanne an baarem Gelde mehr als 400 Thlr. —ſ —ſ, vielmehr Alles, was in Mobilien und Immobilien beſteht, ein- und zugebracht habe, das andere Mal davon die Rede iſt, daß ſie ſich über die Subſtanz und Nutzungen deſſelben immer allein und ſelbſtſtändig zu verfügen vorbehalten, ingleichen, daß ſie den aus dem Betriebe des Geſchäftes gemachten Gewinn als ein Sondergut überlaſſen erhalten habe, ſo iſt doch in der Anmerkung wenigſtens ſoviel beſtimmt ausgeſprochen, daß der mit ihrem Ehemanne abgeſchloſſene Contract nicht den Erwerb, ſondern nur das Anerkenntniß des ihr bereits zuſtehenden Eigenthumsrechtes an allen Mobilien und Immobilien bezweckt und enthalten habe, und es iſt damit das Vorbringen in den Anmerkungen und inſoweit nicht unvereinbar, als man darin die Beziehung auf die ſpecielle Begründung des behaupteten Eigenthumsrechtes finden kann, das theils ſchon bei Eingehung der Ehe vorhanden geweſen, theils in Folge vorausgegangenen Receptitienvertrages erſt während der Ehe entſtanden ſein ſoll. Bedarf nun auch unverkennbar das betreffende

Anführen einer genaueren und specielleren Begründung und Ausführung, dafern dadurch in rechtliche Gewißheit gesetzt werden soll, daß die verzeichneten Mobilien bereits bei dem Abschlusse des streitigen Contractes Eigenthum der Beklagten gewesen seien und daß ihr diesfallsiges Recht Klägers Anspruch auf Befriedigung aus denselben ausschließe, so hat doch die gegenwärtig aus den Acten erhellende Unvollständigkeit desselben einen Grund zu dessen sofortiger Verwerfung um so weniger abgeben können, als in Bezug auf die Erörterung der Statthaftigkeit und Begründung von Ausflüchten bekanntlich ohnehin die für die Prüfung der Schlüssigkeit des Klagvorbringens geltenden Grundsätze nicht in gleicher Strenge in Anwendung zu bringen sind.

Die interlocutorische Natur des gegenwärtigen Erkenntnisses in der Hauptsache hat die Aussetzung der Entscheidung über den Kostenpunkt nothwendig bedingt, während die Compensation der Kosten der Appellationsinstanz durch den Wechsel der Erkenntnisse gerechtfertigt wird."

Gegen dieses Urthel appellirten beide Theile, und das Königl. Oberappellationsgericht entschied (ao. 1853):

„Daß der Beklagten Appellation nicht zulässig. Und ist es auf Klägers Berufung bei gedachtem Urthel nicht zu lassen, sondern es ist Beklagte ihr exceptivisches Vorbringen in der Anmerkung zu Einlassungspunkt 30. 35. 44., dem Kläger der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung, auch andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, worauf in der Sache allenthalben ergehet, was Recht ist.

Entscheidungsgründe.

Kläger hat sol. — erklärt,

„daß er die in der Klage bezeichnete Forderung von 204 Thlrn. 16 Ngr. 5 Pf. auf 156 Thlr. 16 Ngr. 5 Pf. herabsetzen wolle",

und letztere Summe nebst Zinsen ist daher nur als Gegenstand des vorliegenden Processes, wie das petitum an die Hand giebt, anzusehen.

Da nun derselbe in beiderlei Hinsicht den Betrag von Zweihundert Thalern —, —, nicht erreicht, und die in der Sache gesprochenen Erkenntnisse darin übereinstimmen, daß die Klage nicht, wie Beklagte verlangt, unter Klägers Verurtheilung in Erstattung der Kosten abzuweisen, sondern schlüssig sei, in letzterem Urthel sogar zum Vortheile der Beklagten noch auf Beweis des Grundes derselben gesprochen worden, so ist in Gemäßheit §. 18. des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1835 deren Appellation als unzulässig zurückzuweisen, indem in dieser Beziehung das zweite, blos die Kosten des vorigen Rechtsmittels betreffende gravamen nach §. 1. b. des Gesetzes vom 11. Januar 1838 die Zulässigkeit zu begründen ebenfalls nicht geeignet war.

Die Erfordernisse der Paulianischen Klage bestehen bekanntlich darin, daß

1.

die in Frage gestellte Veräußerung vor Ausbruch des formellen Concurses zu einer Zeit erfolgt sein muß, wo der Schuldner bereits insolvent war, oder es wenigstens durch diese Veräußerung wurde, daß ferner

2.

der Schuldner beabsichtigt haben muß, seine Gläubiger zu betrügen, und

3.

der Erfolg der gewesen ist, daß den Gläubigern damit insofern, als ihnen ein Theil des verschuldeten Vermögens, der außerdem zu ihrer Befriedigung hätte verwendet werden können, entzogen wird, ein wirklicher Nachtheil zugefügt wurde, während es auf Seiten des Beklagten darauf ankommt, entweder

a) daß er fraudis conscius gewesen, oder
b) titulo lucrativo die veräußerte Sache an sich gebracht habe.

L. 1. pr. §. 1. — L. 6. §. 8. 11. — L. 10. §. 2—4.

L. 17. §. 1. D. quae in fraud. credit.

Kori, System des Concursprocesses, §. 41. Ausg. 2.

Curtius, Handbuch, Th. 2. §. 585.

Insoweit nun Kläger seine Klage auf den darin angezogenen Kauf in Verbindung mit dem Anführen gründet, daß der Ehemann der Beklagten zu vollständiger Befriedigung seiner Gläubiger außer Stande gewesen, diese aber zur Zeit des Kaufabschlusses gewußt habe, daß ihr Ehemann insolvent sei, so stimmen beide Erkenntnisse darin überein, daß die Entscheidung von dem über die conscientia fraudis darin angetragenen Eid nicht abhängig zu machen sei, und es hat daher auf den diesfallsigen Antrag Klägers schon um deswillen ebensowenig eingegangen werden können, als bei der bereits gezeigten Allgemeinheit jenes delati von einem Vorbehalte desselben überhaupt die Rede sein würde, vielmehr ist gegenwärtig, nachdem die Schlüssigkeit der erhobenen Klage als feststehend zu betrachten, nur zu untersuchen, ob zu einer sofortigen Verurtheilung der Beklagten zu gelangen, oder dem einen oder anderen Theile zuvor noch ein Beweis aufzuerlegen sei. Denn auch zu einem der Beklagten zuzuerkennenden Beweise würde, ohngeachtet der Auslassung Klägers Bl. —, darum ausreichende Veranlassung

vorliegen, weil derſelbe bei ſeiner Appellation die Herſtellung des erſten Urthels verlangt, und es für ihn offenbar vortheilhafter iſt, wenn ihm nicht erſt der Beweis des Grundes ſeiner Klage angeſonnen wird.

Geht man nun aber von dem Geſichtspunkte, daß die Klage nicht mehr als in der angebrachten Maaße verwerflich, ſondern als begründet zu betrachten, zu einer Prüfung der Frage über, ob in deſſen Folge Beklagte ſofort zu condemniren ſei, ſo hat dies verneint werden müſſen. Selbſt angenommen nämlich, daß der angefochtene Kauf als ein lediglich zur Sicherſtellung des Einbringens der Beklagten, und um die veräußerten Gegenſtände der Dispoſition der Gläubiger zu entziehen, abgeſchloſſenes Scheingeſchäft anzuſehen, worauf jedoch Kläger ſeine Klage nicht geſtützt hat, ſo würde der Beklagten der Beweis ihres im Einlaſſungspunkte enthaltenen Vorbringens ebenſowenig zu verſagen ſein, als wenn bei Beurtheilung der Klage von den bemerkten Erwägungen ausgegangen wird. Dagegen bedarf es der weiteren Unterſuchung, ob Kläger zunächſt die ausgehobenen Thatſachen in rechtliche Gewißheit zu ſetzen habe, und Beklagte mit jenem Anführen in den Gegenbeweis zu verweiſen, oder ihr ſofort der Beweis deſſelben aufzuerlegen ſei. Allerdings iſt nun Klägers Forderung, beſage der ergangenen Acten, nur dem urſprünglichen Schuldner, nicht aber Beklagter gegenüber feſtgeſtellt; allein wenn dieſe unter Bezugnahme auf einen ſpäter mit ihrem Ehemanne abgeſchloſſenen Kauf dem gegen ſelbigen eingeleiteten Hülfsverfahren widerſprach, und auf Grund deſſen ein dem Kläger außerdem zuſtändig geweſenes Hülfsobject in Anſpruch nahm, letzterer aber darauf in dem vorliegenden Proceſſe die Reſciſſion jenes Geſchäftes auszuführen ſucht, ſo läßt ſich nicht behaupten, daß er der Beklagten gegenüber ſeinen Anſpruch nochmals zu begründen verbunden, und der frühere Rechtsſtreit für ſie als res inter alios anzuſehen ſei, vielmehr hat ſie das Ergebniß deſſelben, auf welches ſich Kläger ausdrücklich bezogen, auch in dieſem Proceſſe bis zum Beweiſe des Gegentheils anzuerkennen, und ihr diesfallſiges Leugnen beim Einlaſſungspunkte, ſowie in der Anmerkung war daher nicht zu beachten. Ebenſo hat Beklagte ausdrücklich eingeräumt, daß ihr Ehemann weder früher etwas beſeſſen, noch gegenwärtig im Vermögen habe, um den Kläger wegen ſeiner Forderung zu befriedigen. Dies Geſtändniß giebt mit der erforderlichen Beſtimmtheit an die Hand, daß außer den ſtreitigen Effecten kein Befriedigungsmittel für den Kläger vorhanden ſei, und wenn daher auch weder die Hülfsvollſtreckung wider der Beklagten Ehemann bereits ſtattgefunden hat, noch Concurseröffnung eingetreten iſt, ſo muß doch daſſelbe der Beklagten gegenüber die Wirkung haben, daß dem Kläger nicht erſt noch ein nach ihrer eigenen Behauptung überflüſſiger Beweis der Inſolvenz angeſonnen wird. Alles beruht daher darauf, ob der Beklagten der Beweis ihres gedachten exceptiviſchen Vorbringens nachzulaſſen ſei. Nun erſcheint zwar in demſelben der bereits ausgehobene Widerſpruch vorzuliegen, welcher eine ſolche Beweisauflage zweifelhaft machen könnte; wenn man es jedoch in ſeinem ganzen Zuſammenhange auffaßt, iſt darin unſtreitig ſoviel zu befinden, daß die fraglichen Mobilien bereits bei dem Abſchluſſe des angefochtenen Contracts der Beklagten Eigenthum geweſen ſeien, und damit Klägers Anſpruch auf Befriedigung aus denſelben ausgeſchloſſen werde. Dieſe erhebliche Einwendung im Beweiſe näher auszuführen, kann der Beklagten, zumal mit Rückſicht auf die wegen der Ausflüchte deshalb geltenden Grundſätze, nicht verſagt werden. Nach dem Allen iſt daher zwar ein Beweis über diejenigen Punkte der Klage, welche das vorige Urthel noch nicht als in rechtlicher Gewißheit beruhend angeſehen hat, nicht weiter erforderlich, wohl aber der Beklagten der Beweis ihres gedachten exceptiviſchen Anführens aufzuerlegen, und demgemäß, wie geſchehen, im gegenwärtigen Urthel zu erkennen geweſen.

Uebrigens mag in Bezug auf das von der Beklagten wiederholt geltend gemachte Anführen eines dem Kläger zur Laſt fallenden Meineides, und den darauf mit Verweiſung auf die Decis. 88. v. J. 1661. fol. — geſtellten Antrag derſelben nicht unbemerkt bleiben, daß, wenn auch letzterer nicht auf eigentliche Verfälſchung von Urkunden zu beſchränken iſt, doch zu einer Siſtirung dieſes Proceſſes bis zu Austrag der Unterſuchungsſache ſchon um deswillen kein ausreichender Grund vorhanden ſein würde, weil ſich das dem Kläger zur Laſt gelegte Verbrechen nicht auf die noch ſtreitige Summe bezieht, und die nach dem Ergebniſſe der Unterſuchung möglicherweiſe in Betracht kommende Frage, ob Kläger künftig noch zu einem Eide gelaſſen werden könne, nicht den Einfluß zu äußern geeignet iſt, daß nach dem dermaligen Stande der Sache eine Entſcheidung überhaupt gar nicht zu ertheilen ſei.

Endlich waren die Koſten der von beiden Theilen eingewendeten Rechtsmittel gegeneinander aufzuheben, da ohngeachtet der Unzuläſſigkeit der Appellation der Beklagten, welche Kläger nicht gerügt hat, von einer Erſtattung, auch der durch die diesfallſige Refutation entſtandenen, nicht die Rede ſein konnte."

## 118.

### Gerichtsstand bei der Concurrenz von Forstverbrechen mit andern kleinen Verbrechen.

Mitgetheilt von
Herrn Act. H. in B.

Im Februar 1853 waren die verehel. S. und Consorten von B. bei den Gerichten zu B. wegen Entwendung von Buchsbaum aus einem Garten, sowie wegen Entwendung von Tannenreisern, welche sie ihren gegen den Gensd'armen L. und den Gerichtsschöppen F. abgelegten Zugeständnissen zufolge aus der P.'schen Waldung sich geholt, angezeigt worden.

Nach Lage der Sache konnte nicht füglich vorausgesetzt werden, daß die Entwendung der Buchsbaumpflänzchen für die betreffenden Angeschuldigten, soweit sie sich derselben und nicht blos eines Forstvergehens schuldig gemacht, eine die Dauer von drei Monaten Gefängniß übersteigende Strafe nach sich ziehen würde.

Unter diesen Umständen, und von der Ansicht ausgehend, daß bei der Concurrenz eines Forstvergehens erster, zweiter und dritter Classe mit einem oder mehreren andern kleinen, d. h. nicht über drei Monate Gefängniß nach sich ziehenden Verbrechen, wie der hier in Frage stehenden, blos einzelnen Angeschuldigten zur Last fallenden Buchsbaumentwendung, das Forum des Forstvergehens prävalire, sowie unter Berufung auf

Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht, Bd. II. Jahrg. 1844. Seite 252. Präjudiz 5.

hatten die Gerichte zu B. die Untersuchung wegen der sämmtlichen Vergehen den Gerichten zu P. überlassen zu müssen geglaubt, und denselben daher deshalb die erforderliche Mittheilung gemacht.

Die Gerichte zu P. lehnten jedoch die Uebernahme der Untersuchung ab, da nach ihrer Ansicht nach §. 25. des Gesetzes vom 2. April 1838, die Untersuchung und Bestrafung der Forstverbrechen betreffend, bei dem Zusammentreffen von Forstverbrechen mit andern Verbrechen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen einträten, und mithin nach der Verordnung vom 7. Februar 1820, den Gerichtsstand in Criminalsachen betreffend, §. 5.

vergl. auch Beck, über den Gerichtsstand in Criminalsachen, S. 24.

der Gerichtsstand des wesentlichen Aufenthalts oder der Ergreifung der Verbrecher für alle Vergehen vereint, Platz ergreife, sonach aber die Fortstellung der fraglichen Untersuchung den Gerichten zu B., als dem foro domicilii der Inculpaten, zu überlassen sei.

Die Gerichte zu B. beruhigten sich jedoch hierbei nicht, sondern zeigten die entstandene Competenzdifferenz dem Königl. Appellationsgericht zu Leipzig zur Entscheidung an, und es erging von selbigem unterm 10./18. März 1853 folgende Verordnung an die Gerichte zu B.:

„Wenn jedoch den von den Gerichten zu P. Bl. — angegebenen Gründen lediglich beizutreten gewesen, hiernach aber die Weigerung der Gerichte zu B. unmotivirt erscheint, so ergeht an dieselben Verordnung der Einleitung und Fortstellung der bezeichneten Untersuchung, und zwar, so viel das zur Kenntniß der Gerichte gelangte Forstvergehen erster Classe anlangt, unter Beobachtung des im §. 28. des Forststrafgesetzes vom 2. April 1838 vorgeschriebenen Verfahrens, sich gebührend zu unterziehen und das hierunter allenthalben Erforderliche vorzunehmen und zu besorgen."

Auch bei dieser Entscheidung beruhigten sich die Gerichte zu B. nicht, und erstatteten mit dem Bemerken, daß die von ihnen in der Sache über den Competenzpunkt aufgestellte Ansicht nach dem in den Neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht a. a. O. mitgetheilten Präjudize auch von dem Königl. Appellationsgericht zu Dresden getheilt werde, Bericht zum Königl. Ministerium der Justiz, von welchem unterm 2./10. Januar 1854 folgende Verordnung einging:

„Da es unter den im Bericht der Gerichte zu B. vom 31. März v. J. angezeigten und sonst aus dem wiederangeschlossenen Fascikel hervorgehenden Umständen am zweckmäßigsten erscheint, daß die Untersuchung wider Friederike Wilhelmine verehel. S. und Cons. wegen der Forst- und andern Vergehen, deren sie nach Bl. — bezüchtigt sind, von den Gerichten zu B. geführt werde, so mögen dieselben, wie vermöge der Bestimmung in §. 9. der Verordnung der Landesregierung, den Gerichtsstand in Criminalsachen betreffend, vom 7. Februar 1820 anderth verordnet wird, der Einleitung und Fortstellung jener Untersuchung, soweit nöthig, kraft dieses, sich unterziehen."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 57.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 119.

**Anspruch auf Sachsenbuße und gewisse, damit zusammenhängende Schäden gegen eine Privatperson. — Haftung des Richters wegen erfolgter Haftnahme einer Person zum Behufe criminalrechtlicher Erörterung.**

Mitgetheilt von
Herrn W. in Ch.

Bei dem Königl. Landgericht zu Ch. reichte unterm 4. August 1853 die Dienstmagd Emilie Henriette P. gegen Gotthilf S. folgende Klage ein:

„Im Monat März 1851 miethete mich Herr Kaufmann S. durch seine Ehegattin als Kindermädchen auf ein halbes Jahr und gegen beiden Theilen freistehende einvierteljährige Kündigung, ingleichen gegen Zusicherung eines jährlichen Lohnes von 12 Thlrn. —ˏ —ˏ und 2 Thlrn. —ˏ —ˏ zu jedem der beiden jährlichen Jahrmärkte.

Ich trat diesen Dienst am 1. April 1851 an und blieb in solchem bis zum 25. Juni 1851, an welchem Tage ich in Folge einer von Herrn S. gegen mich erhobenen, völlig grundlosen Beschuldigung, ich habe ihn oder seine Ehegattin bestohlen, und auf dessen ausdrückliches Verlangen verhaftet wurde.

An diesem Tage brachte Herr S. gegen mich zur Sprache, daß ihm oder seiner Ehegattin aus einem Secretair eine Summe Geld abhanden gekommen sein sollte. Er fragte mich, ob ich jenes Geld entwendet habe, und da ich meine Unschuld versicherte, nahm er mich mit in seine Schlafstube.

Dort forderte er mich auf, ich solle es ihm allein gestehen, ich versicherte aber, weil ich unschuldig war, ich könne ihm nichts gestehen, ich sei völlig unschuldig.

Herr S. schickte nunmehr seinen Markthelfer nach der Polizei. Es erschien hierauf in dessen Wohnung der Polizeidiener F. Gegen diesen behauptete Herr S., ich müsse mich jenes Diebstahls — es sollten nach und nach 10 Thlr. —ˏ —ˏ abhanden gekommen sein — schuldig gemacht haben, und verlangte Herr S. wiederholt von F., daß ich zur Haft gebracht werde.

Obschon ich fortwährend versicherte, daß ich ganz unschuldig sei, obschon ferner Herr S. durch den Polizeidiener F. eine Durchsuchung meiner Sachen vornehmen ließ, wobei etwas Verdächtiges nicht vorgefunden wurde, so daß Herr S. von meiner Unschuld überzeugt sein konnte, wurde ich doch auf dessen Verlangen zur Haft gebracht. F. nahm mich zuvörderst mit auf die Polizeiwache. Von dort wurde ich in die Stadtgerichtsfrohnveste abgeführt. Es wurde nun, wie die beim vormaligen Stadtgericht ergangenen Untersuchungsacten beweisen, die Untersuchung gegen mich eingeleitet. Ich wurde nach Ausweis jener Acten wiederholt vernommen, versicherte aber stets meine Unschuld, und erfolgte am 12. Juli 1851 meine Entlassung aus der Haft, indem man sich überzeugt hatte, daß ich ohne Grund verdächtigt worden war. Es wurde die eingeleitete Untersuchung beigelegt, weil, wie das hierüber aufgenommene Protokoll von demselben Tage besagt, ein genügender Grund zur Fortstellung der Untersuchung gegen mich nicht vorlag. Auf Befragen verzichtete ich gleichzeitig auf Ertheilung eines Erkenntnisses. In mein Dienstbuch schrieb dann Herrn S.'s Ehegattin ein vom 24. Juni 1851 datirtes Zeugniß, dahin lautend,

„daß ich bei ihr drei Monate als Kindermädchen in Dienſten geſtanden und mich während dieſer Zeit fleißig und ehrlich bewieſen habe".

Sie erkannte damit meine Unſchuld an, und gleichzeitig zahlte mir Herr S. 3 Thlr. —ſ —ſ mit dem Bemerken aus, ich erhalte dies einſtweilen abſchläglich.

Obſchon ich unſchuldig mich in Haft befunden und von allen meinen zeitherigen Dienſtherrſchaften die beſten Atteſtate über mein Verhalten aufzuweiſen hatte, ſo nahmen doch die Perſonen, bei denen ich mich um einen Dienſt meldete, an jener Haft Anſtoß, und fand ich, allen Bemühungen ungeachtet, erſt nach Verlauf von 40 Wochen, am 20. April 1852, bei T. in N. wieder als dienende Perſon ein Unterkommen. Während jenen 40 Wochen mußte ich mich bei meinem Vater in F. aufhalten.

Da ich von Herrn S. ohne Grund jener Entwendung verdächtigt und auf ſein ausdrückliches Verlangen verhaftet worden war, da ferner die erlittene Haft in meinem Fortkommen als Dienſt- oder Kindermagd mir höchſt nachtheilig geweſen iſt, ſo bin ich berechtigt, von Herrn S. nicht nur die geſetzlich vorgeſchriebene Sachſenbuße, ſondern auch die Vergütung der Schäden zu beanſpruchen, welche ich in Folge jener Haft erlitten habe.

Auf die Zeit vom 25. Juni bis 12. Juli 1851, während welcher ich in Haft gehalten worden bin, demnach auf 17 Tage und ebenſoviel Nächte, beträgt mein Anſpruch auf Sachſenbuße

28 Thlr. 10 Ngr. —ſ

oder 1 Thlr. 20 Ngr. —ſ für jede Nacht und jeden Tag.

Ferner beträgt mein Anſpruch auf Lohn und Beköſtigung während jener 17 Tage und der darauf folgenden 40 Wochen, in denen ich dienſtlos war, nach Analogie der Beſtimmungen der Geſindeordnung

48 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf.,

und zwar

| | | | |
|---|---|---|---|
| 35 Thlr. | 15 Ngr. | — Pf. | Vergütung für Koſt auf 42 Wochen u. 3 Tage, pro Woche —ſ 26 Ngr. 3 Pf. |
| 9 ſ | 22 ſ | 5 ſ | Vergütung für's Lohn auf dieſelbe Zeit nach Höhe von 12 Thlrn. —ſ —ſ jährlich, und |
| 4 ſ | — ſ | — ſ | Rückſtand auf die beiden Jahrmärkte, von denen der eine in den Monat Juli, der andere Anfang November fällt. |

s. u. s."

Klägerin forderte Bezahlung dieſer verſchiedenen Poſten, trug über die Klage theilweiſe den Eid an und bezog ſich im Uebrigen auf die im Libell erwähnten Stadtgerichts-Unterſuchungsacten.

Beklagter, welcher mehrere formelle Einwendungen gegen die Klage vorbrachte, beſtritt zugleich deren Statthaftigkeit und Schlüſſigkeit aus materiellen Gründen, geſtand zu, daß Klägerin ſich in Unterſuchungshaft befunden, leugnete aber, daß dies durch ſeine Schuld geſchehen, wobei er bemerkte: die ſtädtiſche Polizei habe es für gut befunden, die Klägerin wegen Diebſtahlsverdacht zur Haft zu bringen; er, Beklagter, ſei verbunden geweſen, der ſtädtiſchen Polizei anzuzeigen, daß und welcher Verdacht gegen die Klägerin vorliege; dies zu thun ſei er verpflichtet geweſen, nicht nur als Bürger, indem jedem Mitgliede des Staats obliege, zur Entdeckung und Beſtrafung des Verbrechers mitzuwirken, ſondern auch als Dienſtherr, da er als ſolcher nach §. 114. der Geſindeordnung vom 10. Januar 1835 der Klägerin ein Atteſt der Ehrlichkeit auszuſtellen gehabt, falls derſelben ein Vergehen gegen das Eigenthum nicht nachgewieſen werden können, auf der anderen Seite aber auch Beklagter nach §. 116. l. c. ſich ſpäteren Dienſtherrſchaften erſatzpflichtig gemacht hätte, wenn er ein ſolches Atteſt wider beſſeres Wiſſen von ſich geſtellt. So wenig Klägerin ferner durch Beklagten zur Haft gebracht worden, ſei ſie auch in derſelben feſtgehalten worden; dies ſei nicht auf Antrieb des Beklagten, ſondern in Folge freien Ermeſſens des Unterſuchungsgerichts geſchehen, und Klägerin könne, falls ihr hierin Unrecht geſchehen, an die Polizeibehörde, beziehentlich an das Unterſuchungsgericht ſich halten. Endlich habe Klägerin keineswegs in der Klage Thatſachen angeführt, aus denen hervorginge, daß ſie widerrechtlich in Haft gehalten worden ſei. Letzteres gehe auch nicht aus den beigelegenen Unterſuchungsacten hervor.

Beklagter beſtritt endlich namentlich den klägeriſchen Anſpruch auf Lohn und Koſt und bat um Abweiſung der Klage. Die übrigen Parteivorträge enthalten im Weſentlichen etwas Neues nicht weiter. —

Eine vom Proceßgericht abgefaßte, den Parteien am 31. Januar 1854 publicirte Entſcheidung wies der Klägerin Suchen in der angebrachten Maaße ab und verurtheilte dieſelbe in Ab- und Erſtattung der aufgelaufenen Unkoſten.

Die Gründe, auf welchen dieſe Entſcheidung beruht, lauten wörtlich, wie folgt:

„Der Anſpruch auf Sachſenbuße findet Statt, wenn Jemand durch die Schuld eines Anderen,

sei's einer Obrigkeit oder einer Privatperson, widerrechtlich in gefänglicher Haft gehalten worden ist.

s. Haubold, sächs. Privatrecht, §. 302.

Berger, oecon. jur., C. III. t. IX. n. XII. nr. 8. 9.

Hommel, rhaps. obs. 671.

Erhard, peinliches Recht, §. 307.

Kind, quaest. for., t. II. c. 51. ed. II.

Der Anspruch auf Ersatzleistung widerrechtlich zugefügten Schadens aber setzt eine geflissentlich oder culpos begangene rechtswidrige Handlung voraus, welche die Veranlassung einer Beschädigung geworden ist.

s. Puchta, Pandecten, §. 261.

vgl. auch Curtius, Handbuch, §. 1159.

Beide Ansprüche sind also überall nur da, wo Jemandem, und wider den begründet, welchem eine Verschuldung zur Last fällt.

Nach dem in Sachsen geltenden Inquisitionsprocesse hängt aber, von den hierher nicht zu beziehenden gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, die Entschließung über Einleitung und Führung eines Criminalprocesses lediglich vom Criminalrichter ab,

s. Stübel, Criminalverfahren, §. 590.

und er ist dabei an die Anträge der Parteien nicht gebunden,

ibidem §. 592.

hat auch auf eine unwahrscheinliche Anzeige nicht einmal die Voruntersuchung einzuleiten.

ibidem §. 2911.

Es ist also auch die Anordnung der Verhaftung eines Angeschuldigten, als Maaßregel für den Untersuchungszweck, lediglich Sache des Criminalrichters, und es bedarf zu einer derartigen Verfügung eines Antrags des Beschädigten nicht, vielmehr steht es, wenn ein solcher dennoch gestellt worden, lediglich beim Richter, ob er ihn nach den dafür vorgebrachten Umständen — denn ohne ein derartiges Anführen ist ihm eine Wirkung gar nicht beizulegen — berücksichtigen will oder nicht. Es folgt hieraus von selbst, daß ein solcher Antrag, wenn darauf die Haftnahme des Angeschuldigten wirklich erfolgt ist, an und für sich gar nicht, sondern lediglich das zu dessen Begründung Angeführte als Veranlassung der verhangenen Haft angesehen, mithin dem Betroffenen, wenn letztere eine widerrechtliche war, zur Verschuldung angerechnet werden kann; denn, da ein derartiger Antrag allein den Richter zur Haftanlegung nicht bestimmen darf, so kann auch, wenn dennoch blos in Folge eines solchen eine unrechtmäßige Gefangennahme herbeigeführt worden, nur den Richter die Schuld der stattgefundenen Widerrechtlichkeit treffen, weil eine solche Widerrechtlichkeit nur in einer Verletzung oder Vernachlässigung seiner Richterpflichten ihren Grund haben kann.

Und ganz auf gleiche Weise verhält es sich mit der an die Behörde gebrachten einfachen Anschuldigung eines Verbrechens.

Auch sie hat nach dem Obigen der Richter nicht zu berücksichtigen, wenn sie nicht durch ihm genügend erscheinende Umstände begründet wird, am wenigsten aber darauf allein die Haftnahme des Angeschuldigten zu verfügen.

Es kann also auch die nackte Anschuldigung eines Verbrechens dem Ankläger als Verschuldung einer gegen den Angeklagten widerrechtlich verfügten Haft nicht angerechnet werden.

Auf eine solche Anschuldigung und auf den behaupteter Maaßen an die Behörde gestellten Antrag der Verhaftung der Klägerin ist nun aber in der erhobenen Klage die Verschuldung des Beklagten an der Haft der Klägerin, aus welcher beide von ihr geltend gemachten Ansprüche lediglich hergeleitet sind, allein begründet.

Diese Thatsachen sind jedoch nach dem Obigen nicht geeignet, dem Beklagten zur Schuld diesfalls angerechnet zu werden.

Die erhobene Klage findet daher weder in Ansehung der geklagten Sachsenbuße, noch in Ansehung des petirten Schadenersatzes in dem, was dafür angeführt worden ist, genügende Begründung.

Bei dieser Sachlage hat es auch eines Eingehens auf den Inhalt der beigelegten Untersuchungsacten so wenig, als einer näheren Prüfung des zur Nachweisung des erhobenen Schädenanspruchs Angeführten bedurft, und es ist bei der mangelhaften Fundirung der erhobenen Ansprüche die Klage in der angebrachten Maaße abzuweisen, auch Klägerin in dessen Folge in die Kosten zu verurtheilen gewesen."

Gegen dieses Erkenntniß appellirte Klägerin, worauf das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau unterm 10. August 1854 dahin erkannte:

„Daß das Erkenntniß erster Instanz aus den beigegebenen Gründen sowohl, was die Hauptsache, als was den Kostenpunkt anbetrifft, jedoch in letzterer Beziehung mit der Erklärung, daß darüber, welche von den einzelnen Ansätzen sich zur Erstattung eignen, von dem Proceßrichter, da nöthig, noch in der Executionsinstanz Entschließung zu fassen sein wird, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, Appellantin auch die durch Einwendung ihres Rechtsmittels veranlaßten neueren Kosten ab- und dem Beklagten zu erstatten verbunden."

Diesem Urthel waren nachstehende Entscheidungsgründe beigegeben:

„Mit Recht geht die angefochtene erstinstanzliche Entscheidung von der Ansicht aus, daß die beiden in der vorliegenden Klage gemeinsam geltend gemachten Ansprüche auf Sachsenbuße und Schäden auf ein und denselben Klaggrund gestützt worden sind. Lediglich deshalb, weil Klägerin in Folge der Bezüchtigung eines Verbrechens von Seiten des Beklagten in Haft und Untersuchung genommen wurde, behauptet dieselbe, zu den erhobenen Ansprüchen berechtigt zu sein, und ist namentlich in Betreff des letzteren derselben mit keinem Worte auf ein etwa bestehendes Vertragsverhältniß und auf dessen Nichterfüllung von Seiten des Beklagten Bezug genommen worden.

In gleicher Weise mußte man aber auch in zweiter Instanz der Bl. — ff. ausgesprochenen Folgerung, daß auf dieses Sachverhältniß allein die fraglichen Ansprüche mit Beifall Rechtens nicht gegründet werden könnten, unbedingt beipflichten. Die thatsächlichen Unterlagen der erhobenen Klage bestehen nämlich lediglich darin, daß der Beklagte die Klägerin eines Diebstahls bezüchtigt, hiervon den Gerichten Anzeige gemacht und dabei die Verhaftung derselben beantragt haben soll, und daß in dessen Folge auch selbige wirklich stattgefunden.

Insofern nun die Haftnahme einer Person zum Behufe criminalrechtlicher Erörterung niemals allein, ja nicht einmal wesentlich auf dem Willen und dem etwaigen Anverlangen oder dem Antrage einer Privatperson, sondern stets und hauptsächlich auf der richterlichen Entschließung beruhen muß, läßt sich nicht ohne Grund fragen, ob überhaupt eine solche dritte Privatperson für diese letztere und für die daraus entstandenen Folgen verantwortlich gemacht werden könne. Aber auch dies ist gegenwärtig hier noch gar nicht in Frage. Wollte man nämlich dieselbe auch nicht unbedingt verneinen, so würde doch unzweifelhaft eine solche Verantwortlichkeit des Dritten lediglich aus der Art und Weise der gemachten Anzeige, und daraus, daß überhaupt eine solche erstattet worden, nur insofern gefolgert werden können, als solches entweder wider des Denuncianten besseres Wissen oder doch wenigstens unter Umständen geschehen wäre, aus welchen einleuchtet, daß er es selbst verschuldete, wenn ihm die Wahrheit nicht oder nicht ausreichend bekannt geworden war. Denn nur in einem dieser Fälle könnte von einem dolus oder einer vom Denuncianten zu vertretenden culpa die Rede sein. Nicht deshalb würde somit derselbe für diese seine Handlung verantwortlich gemacht werden können, daß er überhaupt einen Unschuldigen eines Verbrechens angeklagt habe, sondern nur dann, wenn die einzelnen Thatsachen, aus denen er seinen Verdacht herleitete und die er zum Behufe der Untersuchung zur richterlichen Cognition brachte, von ihm als unwahr wirklich erkannt worden wären, oder als unwahr hätten erkannt werden müssen, wenn er eine pflichtmäßige Ueberlegung und Prüfung derselben hätte anstellen wollen. Nun wird zwar in der Klage Bl. — die Anzeige des Beklagten eine grundlose Beschuldigung genannt und unter Berufung auf ihre völlige Schuldlosigkeit von der Klägerin Bl. — behauptet, daß Beklagter von selbiger auf Grund der angestellten Erörterungen habe überzeugt sein können. Schon nach der äußeren Fassung enthält jedoch diese Angabe weiter nichts, als eine Meinung, ein Urtheil der Klägerin, dem wiederum die Auffassung des betreffenden Gerichts, das nichts destoweniger die Verhaftung derselben beschlossen, entgegensteht.

Mit keinem Worte aber wird in der Klage ein specielles Moment der von Beklagtem bei Gericht erstatteten Anzeige, nirgends wird eine der einzelnen von ihm zur Untersuchung angezeigten Thatsachen, aus denen er sowohl, als das Untersuchungsgericht Verdacht gegen die Klägerin schöpfte, als unwahr bezeichnet, ja die Klage unterläßt überhaupt auf diese einzelnen Momente der Anschuldigung des Näheren einzugehen. Am wenigsten konnte aber endlich dieser Mangel durch die Bl. — ersichtliche Berufung auf den Inhalt der betreffenden Criminalacten ersetzt oder geheilt werden. Denn nimmt man auch denselben, dem Antrage der Klägerin gemäß, als integrirenden Theil der Klage und als deren wesentlichen Grund an, so würde gerade das Gegentheil aus selbigem gefolgert werden müssen, als der Klägerin anzuführen obgelegen haben würde. In der That nämlich hat die Klägerin in ihren Vernehmungen Bl. — — — der Criminalacten sub Lit. P. beinahe die sämmtlichen Thatumstände, die Beklagter wider sie zur Anzeige gebracht hatte, als an sich wahr zugestanden, und nur die daraus zu ziehende Folgerung, daß sie sich eines Diebstahls schuldig gemacht habe, in Abrede gestellt, wie denn endlich nach Bl. — die Untersuchung nur in Ermangelung weiterer Inzichten, nicht aber auf Grund der Unwahrheit der vorhandenen Indicien beigelegt und sistirt worden ist.

Augenscheinlich entbehrt somit die angestellte Klage des eigentlichen, auf einen dolus oder eine culpa des Beklagten zu richtenden Klaggrundes, und war somit das erstinstanzliche Erkenntniß vollkommen zu bestätigen, auch die Appellantin in Ab- und Erstattung der neueren Kosten zu verurtheilen.

Wenn endlich Bl. — — Ausstellungen wider die ausgesprochene Erstattungspflicht der Klägerin in Betreff eines speciellen Kostenansatzes gemacht worden, so hat dieses Verhältniß in der im Urthel enthaltenen Erklärung ausreichende Berücksichtigung gefunden, und es war somit, wie geschehen, zu erkennen."

---

## 120.

Zu §. 85. und 24. des Executionsgesetzes. — Zulässigkeit des Executionsverfahrens aus gerichtlichen Vergleichen ohne vorgängiges förmliches Proceßverfahren. — Zuziehung Sachverständiger durch den Proceßrichter zu den Verhörsterminsverhandlungen. — Localbesichtigung. — **Pacta intuitu fundi inita.**

Mitgetheilt von

Herrn Act. S. in R.

Im Jahre 1847 beschwerte sich der Begüterte F. in L. gegen den Begüterten Th. daselbst bei dem Justizamte R. deshalb, weil Th. durch einen zwischen den beiderseitigen Feldgrundstücken gezogenen Graben sein, F.'s, Eigenthum verletzt, seinen Grundstücken Schaden zugefügt und die Lage der Grenzsteine verändert habe, und beantragte die Vornahme einer Localbesichtigung.

Das Justizamt R. beraumte den 10. Juli 1847 als Besichtigungstermin an.

Im Verfolge der in letzterem zwischen den Parteien gepflogenen Verhandlungen kam ein zu Protokoll erklärter Vergleich zu Stande, Inhalts dessen F. unter Anderem auch versprach,

> „im Laufe des nächsten Herbstes auf seinem Grunde und Boden, um den bei gewöhnlichen Regengüssen entstehenden Wasserzulauf von seinem Felde auf Th.'s Grund und Boden herüber an der fraglichen Stelle fernerhin zu verhindern und abzuhalten, somit Th.'s Grundstück vor dem durch jenen Wasserlauf etwa entstehenden Schaden gehörig sicherzustellen, einen Wassergraben in der diesem Zwecke entsprechenden gehörigen Breite und Tiefe auf eigene Kosten anzulegen."

Auf Grund dieses gerichtlichen Protokolles und seiner Kaufurkunde beantragte im November 1850 der inmittelst an Th.'s Stelle getretene neue Civilbesitzer des Th.'schen Grundstückes, Th. jun., unter Bezugnahme darauf, daß, während sein Vater und Besitzvorfahr den von ihm übernommenen Verbindlichkeiten längst nachgekommen, F. das vorstehende Versprechen noch immer nicht erfüllt habe: „es möge dem F., daß er den fraglichen Wassergraben in der seinem Zwecke entsprechenden Breite und Tiefe binnen 14 Tagen bei Vermeidung von Fünf Thalern Strafe herstelle, aufgegeben werden."

Das Justizamt entsprach diesem Antrage mittelst Verfügung vom 19. November 1850.

F. wendete gegen dieses Verfahren ein: „daß

1) Th. jun. nicht zur Sache legitimirt sei, indem er, F., den angezogenen Vergleich nur mit Th.'s Besitzvorgänger abgeschlossen habe,
2) das Executionsobject nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit (Breite, Tiefe, Richtung, Länge des Grabens) bezeichnet sei,
3) ihm nicht Einwendungen und Einreden in Gemäßheit der §. 66. des Executionsgesetzes nachgelassen worden, und
4) er, nach Inhalt eines beigebrachten ortsrichterlichen Zeugnisses, fünf bei gewöhnlichen Regengüssen das Wasser von Th.'s Grundstücke abhaltende Wassergräben auf seinem Grundstücke bereits im Herbste 1847 hergestellt habe."

Nachdem diese Eingabe dem Th. zur Erklärung zugefertigt worden, bat dieser unter Widerspruch gegen die erhobenen Einwendungen um Fortstellung des Executionsverfahrens.

Das Justizamt trug jedoch in Anbetracht des Umstandes,

> „daß in dem fraglichen Protokolle über die Beschaffenheit des fraglichen Grabens, insbesondere auch rücksichtlich seiner Länge, Breite und Tiefe, eine bestimmte Angabe fehle, und F. Widerspruch erhoben habe",

Bedenken, das eingeleitete Hülfsverfahren fortzustellen, gab den Parteien, falls Th. es nicht vorziehen sollte, förmliche Klage zu erheben, zu erkennen, daß zu näherer Constatirung der Beschaffenheit des fraglichen Grabens es einer nochmaligen Localerörterung, nach Befinden unter Zuziehung Sachverständiger, bedürfe, und beraumte hierzu den 27. März 1851 terminlich an.

Im Verfolge dieses Localbesichtigungstermines ertheilte das Justizamt unter dem 3. Mai 1851 folgenden Bescheid:

„Weil die vom Impetraten wider das gegen ihn eingeleitete Executionsverfahren erhobenen Einwendungen theils an sich, theils in Folge der Bl. — flg. veranstalteten gerichtlichen Besichtigung als unerheblich erscheinen, da

1) der am 10. Juli 1847 zwischen Impetrantens Vorbesitzer und Impetratem zu Stande gekommene Vergleich intuitu fundi abgeschlossen worden ist und daher Impetrant als dermaliger, Bl. — hinreichend legitimirter Besitzer des fraglichen Grundstückes für wohl befugt zu achten, in diesen Vergleich einzutreten, wie er ihn andererseits auch gegen sich gelten lassen muß,

2) nurgedachter Vergleich über den Gegenstand der vom Impetraten übernommenen Verbindlichkeit und deren Modalität keinen Zweifel übrig läßt, da, wennschon darnach weder die Beschaffenheit, noch der Ort des anzulegenden Grabens im Voraus näher bezeichnet worden, sich doch Beides durch den im Vergleiche ausgedrückten Zweck desselben von selbst bestimmt, und sonach Impetrat, welchem als sachkundigen Landwirthe die unter den bestehenden örtlichen Verhältnissen zweckmäßigste Anlegung des verlangten Grabens nicht zweifelhaft sein kann, wegen der von ihm behaupteten, jedoch in Wirklichkeit nicht einmal vorhandenen Allgemeinheit der in jenem Vergleiche getroffenen Bestimmungen sich nicht entbrechen mag, die von ihm freiwillig übernommene Verbindlichkeit der Anlegung eines Grabens zu erfüllen, übrigens

3) das eingeleitete Executionsverfahren in §. 85. des Executionsgesetzes seine Rechtfertigung findet, da der mehrberegte Vergleich bei Gelegenheit eines im Jahre 1847 anhängig gewordenen Rechtsstreites abgeschlossen worden, indem ein solcher auch dann anzunehmen ist, wenn, wie hier, Jemand selbst ohne förmliche Klage wegen einer von seinem Grenznachbar verhangenen Grenzverletzung richterliche Hülfe in Anspruch nimmt, darauf eine gerichtliche Besichtigung veranstaltet und hierbei durch Vermittelung des Gerichtes unter den Parteien ein Vergleich abgeschlossen wird, endlich

4) der Einwand des Impetraten Bl. —, daß er dem Verlangen des Impetranten durch das Ziehen von fünf Wassergräben — welche jedoch in dem ortsgerichtlichen Zeugnisse Bl. — nur als Wasserfurchen bezeichnet worden — bereits entsprochen habe, ein Einwand, welcher nach §. 24. des Executionsgesetzes zu erörtern gewesen ist, zufolge der diesfalls am 27. März 1851 veranstalteten Localbesichtigung als begründet nicht hat erachtet werden können, indem, wennschon durch diese Furchen nach dem Ausspruche des Gerichtswegen adhibirten Sachverständigen der Ablauf des Regenwassers von F.'s auf Th.'s Grundstück einigermaaßen abgehalten, doch hierdurch der Zweck nicht so vollständig und sicher als durch die Anlegung eines Grabens auf Impetrantens Felde längs des zwischen den Grundstücken der Parteien liegenden Raines erreicht wird;

So ist Impetrat seinem Versprechen gemäß auf dem ihm gehörigen, in der Registratur vom 10. Juli 1847 näher beschriebenen Grundstücke längs der angedachtem Raine gehenden Grenze einen Graben, und zwar in der Bl. — durch sachverständiges Ermessen — angegebenen Modalität, mithin in einer Tiefe von ½ Elle und in einer Breite von ¾ Ellen, anzulegen schuldig, derowegen das eingeleitete Executionsverfahren auf Impetrantens neuerlichen Antrag Bl. — flg. nach Maaßgabe der §. 71. sub b. des Executionsgesetzes nunmehr gebührend fortzustellen und Impetrat die durch seine unbegründete Weigerung verursachten Kosten ab- und zu erstatten verbunden."

Auf Impetratens Appellation erging unter Compensation der Appellationsinstanzkosten folgendes, am 12. August 1851 publicirtes Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichtes Leipzig:

„Dieweil die vom Beklagten aufgestellten Beschwerden im Allgemeinen für unbegründet geachtet werden müssen, wenn man erwägt, daß

1) aus der Bl. — beigebrachten gerichtlichen Vergleichsurkunde zur Genüge erhellet, daß sich Beklagter, wie derselbe auch gar nicht bestreitet, am 10. Juli 1847 Klägers Vater gegenüber verbindlich gemacht, im Laufe des Herbstes dieses Jahres auf seinem Grunde und Boden, um den bei gewöhnlichen Regengüssen entstehenden Wasserlauf von seinem Felde auf den Grund und Boden von Klägers Vater herüber zu verhindern und abzuhalten, einen Wassergraben in der diesem Zwecke entsprechenden gehörigen Breite und Tiefe anzulegen,

2) wie Kläger Bl. — mit Recht hervorgehoben, nach den Worten des Vergleichsprotokolles Bl. —

„an der fraglichen Stelle",

wenn man damit dessen Eingang in Verbindung bringt, nicht minder nach dem ganzen Zwecke des fraglichen Grabens kein erheblicher Zweifel darüber obwalten kann, an welcher Stelle von Beklagtens Grundstücke derselbe anzulegen sei,

3) in gleicher Weise der ganze Inhalt und Zweck des Vergleiches deutlich an die Hand giebt, daß derselbe zwischen Klägers Vater und Beklagten intuitu ihrer Grundstücke abgeschlossen worden, ebendeshalb aber, und da aus dem gerichtlichen Randzeugnisse Bl. — hervorgeht, daß Kläger gegenwärtig Eigenthümer des früher seinem Vater zugehörig gewesenen Grundstückes ist, der Einwand Beklagtens Bl. —, es fehle an der Sachlegitimation Klägers, als unbeachtlich sich darstellt,

4) die Ausflucht des Beklagten Bl. —, daß er den mehrberegten Vergleich seinerseits bereits erfüllt habe, bei der Bl. — vorgenommenen Localbesichtigung in keiner Weise Bestätigung gefunden hat, indem,

a) wennschon sich dabei ergeben, daß von Beklagtem auf seinem Felde in dessen ganzer Länge fünf Wasserfurchen gezogen worden, diese Wasserfurchen auch nach dem Gutachten Bl. — allerdings geeignet sein sollen, bei gewöhnlichen Regengüssen den Wasserlauf auf Klägers niedriger gelegenes Feld abzuhalten, doch Beklagter nach dem Vergleiche Bl. — sich ausdrücklich verbindlich gemacht, einen Wassergraben anzulegen, bloße Wasserfurchen aber einem Wassergraben nicht gleich geachtet werden können,

b) der vom Beklagten Bl. — nachgewiesene Graben, da er nur einen verhältnißmäßig sehr kleinen Theil von Klägers Felde vor dem Wasserzulaufe schützt, für ausreichend ebenfalls nicht gelten kann,

5) das gegen Beklagten eingeleitete Hülfsverfahren in §. 85. des Executionsgesetzes seine Rechtfertigung findet, indem nach der vom Appellationsgerichte angenommenen, wiederholt befolgten Ansicht auf Grund dieser Gesetzstelle das Executionsverfahren aus einem gerichtlichen Vergleiche auch dann statthaft ist, wenn kein förmliches Proceßverfahren, sondern nur überhaupt eine zur gerichtlichen Verhandlung gelangte Differenz zwischen Parteien über einen civilrechtlichen Anspruch vorausgegangen, übrigens Beklagter um so weniger Ursache hat, sich über das Verfahren zu beschweren, als er nach Bl. — ausreichende Veranlassung erhalten, mit seinen Einwendungen gegen Klägers Anverlangen hervorzutreten, in Folge seiner Ausflucht, daß er den fraglichen Vergleich bereits erfüllt habe, sogar eine Localerörterung stattgefunden und über seine Einwendungen schlüßlich rechtlich erkannt worden,

6) die Verurtheilung Beklagtens in Erstattung der Proceßkosten bei der völligen Unerheblichkeit der von ihm erhobenen Einwendungen lediglich zu billigen ist;

So ist der Bl. — zu lesende Bescheid der eingewendeten Appellation ungeachtet, jedoch, in Betracht, daß aus dem Vergleiche nicht hervorgeht, in welcher Tiefe und Breite der fragliche Graben anzulegen sei, auch es bedenklich fällt, hierüber ohne Weiteres das Gutachten des bei der Localerörterung zugezogenen Einen Sachverständigen Bl. — entscheiden zu lassen, mit dieser Erklärung zu bestätigen, daß Bl. — anstatt der Worte: „und zwar in der Bl. — angegebenen Modalität, mithin in einer Tiefe von ½ Elle und einer Breite von ¾ Ellen", vielmehr folgende: „in einer dem Bl. — angegebenen Zwecke entsprechenden, durch Sachverständige zu bestimmenden Tiefe und Breite" zu setzen."

Beklagter remedirte zwar nochmals, es fiel jedoch das am 26. Januar 1852 publicirte Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichtes unter Verurtheilung Beklagtens in die Kosten des anderweiten Rechtsmittels lediglich bestätigend aus, und zwar aus folgenden Gründen:

„Die Ausstellungen, welche Beklagter Bl. — gegen das vorige Urthel vorgebracht, sind durchgängig unerheblich. Denn

1) wenn er behaupten will, er habe das Versprechen, einen Graben herzustellen, lediglich zu Gunsten des Vaters des Klägers, auch übrigens blos in der Maaße gegeben, daß er ihn nur im Herbste 1847, nicht zu einer späteren Zeit, zu heben gehabt habe, so genügt es, hiergegen auf den Inhalt des Vergleiches zu verweisen. Der Vater des Klägers suchte durch denselben nicht Etwas zu erlangen, was blos ihm für seine Person vortheilhaft und wünschenswerth war, sondern er bezweckte eine den Nutzungsertrag seines Grundstückes bleibend erhöhende Anlage. Der Vergleich stellt sich sonach schon seinem Endzwecke nach als ein pactum reale dar. Diese seine Natur ist aber auch durch die Worte, welche das getroffene Abkommen enthalten, deutlich und bestimmt ausgesprochen. F. machte sich nach Bl. — verbindlich, im Laufe des nächsten Herbstes (1847) auf seinem Grunde und Boden, um den bei gewöhnlichen Regengüssen u. s. f. auf Th.'s Grund und Boden herüber u. s. w. zu verhindern und aufzuhalten, soweit Th.'s Grundstück vor dem durch jenen Wasserlauf etwa entstehenden Schaden gehörig sicherzustellen, einen Wassergraben u. s. f. anzulegen. Klägers Grundstück sollte demnach nicht vorübergehend, sondern für immer vor dem von F.'s Grundstücke bei gewöhnlichen Regengüssen stattfindenden Wasserzulaufe geschützt werden. Der Zeitpunkt, wo Beklagter den Graben zu heben haben sollte, ward auf den Herbst 1847 gesetzt; kam derselbe seiner Obliegenheit nicht nach, so konnte dies nicht die Folge haben, daß er von ihr frei wurde, vielmehr verfiel er von da an in Verzug, welcher dem Th. das Recht gab, gegen ihn zu klagen.

2) Das Executionsverfahren aus einem vor dem Proceßrichter über einen Civilproceß abgeschlossenen Vergleiche findet statt, sobald aus demselben klar hervorgeht, was der Beklagte dem Kläger zu leisten hat, sowie daß die Verfallzeit eingetreten ist. Ob der Beklagte, wenn das Ere-

cutionsverfahren gegen ihn eingeleitet worden ist, seine Verbindlichkeit einräumt oder nicht, ist für die Statthaftigkeit desselben an und für sich ohne alle Bedeutung.

3) Die Breite, Tiefe und Länge des Grabens war zwar nicht nach dem Ellenmaaße bezeichnet, aber doch insofern genau bestimmt, als sich Alles dies nach dem beabsichtigten Zwecke zu richten hatte. Stellte Beklagter dem Executionsantrage des Klägers die Ausflucht entgegen, daß er die zugesicherte Anlage bereits hergestellt habe, und leugnete Kläger dies, so mußte nunmehr nach Maaßgabe der §. 24. des Executionsgesetzes verfahren werden. Hierbei konnte der Richter, wenn es auf Wahrnehmungen und Ermittlungen ankam, welche besondere Kenntnisse und Erfahrungen voraussetzten, nach allgemeinen processualischen Grundsätzen Sachverständige beiziehen.

4) Proceßleitende Resolutionen des Richters erlangen keine Rechtskraft, es ist daher auf die Entscheidung der Sache ganz einflußlos, wenn das Proceßgericht früher einmal darüber zweifelhaft war, ob das Executionsverfahren zulässig sei und ein diesfallsiges Bedenken äußerte.

Die dem vorigen Erkenntnisse beigefügte Erklärung gereichte zum Vortheile des Beklagten, man konnte daher kein Bedenken tragen, ihn in die Kosten seines ganz unerheblichen Rechtsmittels zu verurtheilen."

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 12. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 69. Verordnung zu Bekanntmachung der mit der Großherzoglich Sachsen-Weimar'schen Regierung getroffenen Uebereinkunft wegen kostenfreier Erledigung von Requisitionen in Criminal- und Polizeistrafsachen; vom 30. August 1854. No. 70. Verordnung, die Modificationen des allgemeinen Niederlageregulativs betreffend; vom 12. September 1854. No. 71. Verordnung, eine Ernennung für die erste Kammer der Ständeversammlung betreffend; vom 15. September 1854. — Letzte Absendung: am 27. September 1854.

Das 13. Stück desselben Gesetz- und Verordnungsblattes enthält: No. 72. Verordnung, den Eingangszoll für Getreide, Hülsenfrüchte, Mehl und Mühlenfabrikate betreffend; vom 26. September 1854. — Letzte Absendung: am 30. September 1854.

Das 14. Stück desselben Gesetz- und Verordnungsblattes enthält: No. 73. Verordnung, die Steuervergütung für ausgeführten inländischen Branntwein betreffend; vom 2. October 1854. No. 74. Verordnung, die Einnehmergebühr für die Erhebung der außerordentlichen Gewerbe- und Personalsteuer auf das Jahr 1854 betreffend; vom 3. October 1854. No. 75. Decret wegen Bestätigung des Regulativs für die Verwaltung der Gnadengroschencasse zu Freiberg; vom 24. August 1854. No. 76. Verordnung, das Ausschreiben der katholischen Kirchenanlage betreffend; vom 5. October 1854. — Letzte Absendung: am 14. October 1854.

---

**Ernennungen, Anstellungen** ꝛc. Se. Königl. Majestät haben Allergnädigst zu genehmigen geruht, daß die erledigte Auditeurstelle 3. Classe auf der Festung Königstein dem Oberleutnant vom 16. Infanterie-Bataillone und Rechtscandidaten Girardet, unter Ertheilung des Prädicats eines Auditeurs 2. Classe, übertragen werde.

Se. Königl. Majestät haben den zeitherigen Gerichtsverwalter Adv. Dr. Christian Theodor Tauchnitz zu Leipzig zum Appellationsrathe bei dem Appellationsgericht zu Leipzig zu ernennen gnädigst geruht.

Se. Königl. Majestät haben allergnädigst geruht, dem Justitiar des Gerichts zu Neusalza, Karl Eduard Hahn, die Stelle eines Justizamtmanns zu Stolpen zu übertragen, und den Gerichtsrath beim Landgericht Budissin, Heinrich Pechmann, zum Justitiar des Gerichts zu Neusalza, sowie den Actuar beim Landgericht Oschatz, Ludwig Immanuel Fallan, zum Gerichtsrathe beim Landgericht Oschatz zu befördern, auch den Gerichtsrath beim Landgericht Oschatz, Eduard Hartenstein, in dieser Eigenschaft zum Landgericht Budissin zu versetzen.

Se. Majestät der König haben dem zeitherigen Assessor beim Appellationsgericht zu Zwickau, Gottfried August Mann, die Stelle eines Directors des Landgerichts Kirchberg zu übertragen geruhet.

Se. Königl. Majestät haben den zeitherigen Actuar beim Landgericht Chemnitz, Karl Gustav Tittel, zum Gerichtsrathe bei diesem Landgericht zu ernennen gnädigst geruht.

Der Consistorialrath und erste Hofprediger an der evangelischen Hofkirche in Dresden, Dr. August Francke ist auf sein Ansuchen emeritirt worden; die dadurch zur Erledigung gekommene erste Hofpredigerstelle ist dem Consistorialrathe und bisherigen zweiten Hofprediger Dr. Johann Ernst Rudolph Käuffer, die zweite Hofpredigerstelle aber dem Kirchenrathe Bernhard Adolph Langbein, letzterem unter Belassung seiner Stellung im Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterrichts übertragen worden.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 58.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 121.

### Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in causis certae aestimationis gegen das von dem Sachwalter verhangene Fristversäumniß.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

In der zwischen dem Auszügler G. und den K.'schen Erben vor dem Justizamte N. wegen einer Schuldsumme von einigen hundert Thalern anhängigen Proceßsache war rechtskräftig dem Kläger ein relatum, den Beklagten aber der Beweis mehrerer Exceptionen zuerkannt worden. Der Beweis, so wie der Gegenbeweis wurden tempestiv eingereicht und der 20. December 1850, so wie der 30. Januar 1851 als Pro- und Reproductionstermin anberaumt. Am 16. December 1850 erschienen die Sachwalter beider Parteien an Amtsstelle und baten um die Niederschrift eines Compromisses des Inhalts: Es solle der Pro- und Reproductionstermin auf heute unter Festhaltung der Verwarnungen beider Ladungen jedoch mit der Abänderung zurückverlegt werden, daß das Pro- und Reproductionsverfahren, mit welchem zugleich das Hauptverfahren zu verbinden sei, in vier Sätzen abgesetzt werde, von denen Kläger den ersten, in welchem er sich über das Anerkenntniß der Beweisurkunden sub poena recogniti zu erklären und auf die ins Gewissen gestellten Beweisartikel sub poena confessi et convicti einzulassen, bis zum 30. December, Beklagte den zweiten, in welchem sie sich auf die Gewissensartikel des Gegenbeweises bei Strafe des Zugeständnisses einzulassen haben sollten, bis zum 6. Januar 1851 u. s. w. zu den Amtsacten je bei Verlust des Satzes zu bringen haben. Klägers Sachwalter, X., reichte jedoch den Einlassungssatz erst am 6. Januar zu den Acten ein und es sollte nach amtlicher Resolution deren Zurückweisung erfolgen.

Kläger nahm nunmehr einen andern Sachwalter an und kam durch diesen mit einem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das stattgefundene Versäumniß ein und setzte die für dieses Gesuch sprechenden Gründe in einer Vorstellung auseinander, der ein Zeugniß des Hausarztes des Adv. X., Dr. F., beigefügt war, worin der letztere unter dem Erbieten zur eidlichen Bestärkung versichert: Vom 22. bis 30. December seien nach einander vier Kinder des X. am Scharlachfieber in einem so hohen Grade erkrankt, daß drei derselben viele Tage hindurch in Lebensgefahr geschwebt; bei der mühevollen Pflege der Kranken habe es nicht fehlen können, daß auch dessen Gattin angefangen, über große Beschwerden zu klagen, und sogar vom 26. bis 30. December zu befürchten gestanden, daß sie selbst das Scharlachfieber, welches sie noch nicht gehabt, bekommen oder, da sie im hochschwangern Zustande gewesen, von einer Frühgeburt überrascht werden würde, welche bei ihrem so sehr angegriffenen Körper und Mutterherzen leicht den traurigsten Ausgang hätte herbeiführen können. Außerdem sei zu erwarten gewesen, daß noch zwei andere Kinder dieser Familie demselben Fieber unterliegen würden. Unter so trübe sich gestaltenden Krankheitsverhältnissen in der Familie, bei der steten und lange dauernden Befürchtung, dieses oder jenes theure Familienglied durch den Tod bald verlieren zu können, dürfe es nicht Wunder nehmen, wenn das Herz des Vaters und Gatten, ja sogar dessen Geist durch und durch ergriffen und erschüttert und das ganze Seelenleben

so aus seinen gewohnten Thätigkeitsverhältnissen herausgerissen worden sei, daß in demselben nur ein Gedanke: „die Sorge um seine Familie" Platz ergreifen können und alle andern Gedanken verdrängt, mithin sogar das Gedächtniß theilweise unterdrückt worden sei. In diesem erschütterten und leicht erklärlichen Seelenzustande habe er den Adv. X. während der obengedachten Zeit gefunden und ihn mit großer Sorge um seine Gesundheit selbst beobachtet, zumal er selbst angefangen, körperlich zu leiden und zu klagen, welche körperliche Leiden sich endlich zu einer sehr bedenklichen Grippe entwickelt hätten.

Auf Grund dieser später eidlich erhärteten Angaben des Arztes, aus denen die Versicherung des X., wie er in die Annahme versunken gewesen sei, daß der betreffende Einlassungssatz erst den 6. Januar 1851 einzureichen gewesen, als vollkommen glaubhaft sich darstelle, wurde nun Restitution gesucht, diesem Verlangen aber Seiten der Beklagten widersprochen. Sie stellten vor, es wäre sofort nach seiner Zurückkunft vom Termine Sache des gegnerischen Anwalts gewesen, sich die compromißweise festgesetzten Fristen in den Terminkalender einzutragen, und er sei, wenn er diese von jedem Sachwalter, der die Rechte seiner Clienten gehörig wahre, zu beobachtende Maaßregel unterlassen, in keiner Weise zu entschuldigen, zumal ja die behaupteten Krankheitsverhältnisse erst mehrere Tage nachher eingetreten wären; übrigens sei derselbe am Arbeiten während jener Zeit nicht verhindert gewesen, da er sogar während derselben nach Klägers eignen Angaben 11 Vertheidigungen, den städtischen Haushaltungsplan (in seiner Eigenschaft als Rathmann) und noch andere Arbeiten geliefert habe.

Es kam endlich zur Versendung der Acten an das Spruchcollegium zu Leipzig, und dieses erkannte mittelst Urthels d. d. publ. 24. Juli 1851:

„Daß Kläger gegen das von seinem Anwalte verhangene Versäumniß an der binnen der fol. — compromißweise festgesetzten Frist zu bewirken gewesenen Einreichung des nunmehr fol. — zu den Acten gebrachten Satzes, in Betracht der fol. — angeführten, fol. — zur Genüge bescheinigten Umstände, sowohl in Betracht, daß mit dem Restitutionsgesuche zugleich die verspätete Schrift übergeben worden ist — ohne daß es einer vorgängigen Ausklagung des säumigen Sachwalters bedarf —, wiederum in den vorigen Stand zu setzen, anerwogen unter Umständen, wie sie von dem Kläger in seinem Restitutionsgesuche angeführt und bescheinigt worden sind, angenommen werden muß, daß, wenn die Versäumniß unter gleichen Verhältnissen in der Person des Klägers selbst eingetreten wäre, ihm die Restitution nicht zu versagen gewesen sein würde, mithin auch, da jene Umstände in der Person des damaligen Anwalts eingetreten sind, in Gemäßheit der milderen Grundsätze des jetzigen Gerichtsbrauchs

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle v. J. 1847. S. 103.

nicht versagt werden mag:

Derowegen nunmehr das Productionsverfahren, mit welchem die Parteien laut fol. — das Hauptverfahren zu verbinden sich vereinigt haben, fortzustellen ist, und ergehet nach dessen Beendigung ferner in der Sache, was Rechtens.

Im Uebrigen ist der Kläger die durch die gedachte Versäumniß veranlaßten Kosten den Beklagten zu erstatten schuldig. Es bleibt ihm jedoch unbenommen, deren Vergütung von seinem vorigen Sachwalter zu fordern, immaaßen die Ereignisse, welche den Letztern an der rechtzeitigen Einreichung des fol. — ersichtlichen Einlassungssatzes verhindert haben, lediglich als ihn selbst betroffene Zufälle erscheinen, weshalb denn auch die Kosten für Beseitigung der dadurch erwachsenen Nachtheile von ihm zu tragen sind."

Das Appellationsgericht zu Leipzig, auf dessen Entscheidung die Beklagten provocirten, reformirte mittelst Erkenntnisses vom $\frac{\text{15. Januar}}{\text{13. Juni}}$ 1852 dieses Urthel, indem es entschied, daß dem angebrachten Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt zu geben sei, wogegen es im Uebrigen das erste Erkenntniß comp. expensis bestätigte.

Dieser Entscheidung waren folgende Gründe beigegeben:

„Der Annahme der vorigen Instanz, daß es zu Erlangung der restitutio in integrum gegen eine von dem Sachwalter des Impetranten verhangene Versäumniß an einem Proceßfatale bei vorhandener Schätzbarkeit des Streitobjectes der Bezugnahme auf die vorgängige Excussion des schuldigen Sachwalters ausnahmsweise dann nicht bedürfe, wenn die in der Person des Anwalts eingetretenen Umstände, welche die fragliche Versäumniß zur Folge gehabt, von der Art seien, daß, dafern sie in der Person der Partei selbst sich ereignet hätten, dieser die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu versagen gewesen sein würde, kann man zwar unbedenklich beitreten, muß aber die Anwendbarkeit dieses Satzes auf den vorliegenden Fall in Abrede stellen, indem die Bl. — flg. angeführten Momente, welche die Entschuldbarkeit des von dem klägerischen Sachwalter begangenen Versehens darthun sollen, bei anderweiter Erwägung der Sache hierzu nicht für ausreichend angesehen werden konnten.

Die diesfallsigen Anführungen Klägers gehen im Wesentlichen dahin, daß sein vormaliger Sachwalter in der Zeitfrist, welche ihm zu Einbringung des Bl. — nachträglich zu den Acten eingereichten Satzes zufolge des mit der Gegenpartei Bl. — abgeschlossenen Compromisses verstattet gewesen (vom 16. bis 30. December 1850), durch mehrere in seiner Familie vorgekommene bedenkliche Erkrankungen und ein ihn selbst befallenes leichteres Unwohlsein in einen solchen Zustand geistiger Zerstreutheit und momentaner Gedächtnißschwäche versetzt worden sei, daß sich seiner die irrige Vorstellung bemächtigt gehabt, der fragliche Satz sei statt am 30. December 1850 erst am 6. Januar 1851, dem für den ersten Satz der Beklagten bestimmten Tage, einzureichen, und derselbe habe daher auch in dieser Meinung die Niederschrift des gedachten Satzes bis zu dem 5. Januar d. a. zwar bewirkt gehabt, sei aber erst an diesem Tage durch einen ihm zu Händen kommenden Notizzettel, auf welchem die gedachten Fristen verzeichnet gestanden, über seinen Irrthum belehrt worden.

Nun ist der Sachwalter, sowie jeder Mandatar innerhalb der ihm zugewiesenen Geschäftsbesorgung für jede, auch die levis culpa, verantwortlich, und hat in dem Falle des Mißlingens des ihm übertragenen Geschäfts, oder bei dessen gänzlicher Verabsäumung nachzuweisen, daß ungeachtet des seinerseits angewendeten Fleißes eine bessere Ausführung des übernommenen Auftrages ihm nicht möglich gewesen, und ihn somit eine Verschuldung in Bezug auf die hierdurch für seinen Mandanten eingetretenen nachtheiligen Folgen nicht treffe.

l. 13. und 21. C. mand. (4. 35.)

Hasse, culpa, §. 92—94. S. 474 flg.

Von diesem Gesichtspunkte aus leidet jedoch das klägerische Vorbringen an augenscheinlicher Unschlüssigkeit.

Denn darauf, daß sein früherer Sachwalter von dem für Einreichung seines ersten Satzes compromissorisch festgesetzten Termine nicht rechtzeitig Kenntniß erhalten habe, hat sich Kläger eben so wenig zu beziehen vermocht, als auf den unerwarteten und plötzlichen Eintritt von solchen Umständen während des Laufes der Frist, welche jenem das Einhalten der Letzteren unmöglich gemacht hätten. Namentlich geht aus der eigenen Sachdarstellung Klägers Bl. — unzweifelhaft hervor, daß sein damaliger Sachwalter während der in Frage kommenden Zeit keineswegs völlig unfähig zu seinen gewöhnlichen Geschäftsbesorgungen gewesen, sondern gerade einer ziemlich angestrengten Berufsthätigkeit sich hingegeben habe, und das ganze klägerische Vorbringen reducirt sich daher darauf, daß Advocat X. unter dem Eindrucke der auf ihm lastenden häuslichen Noth, sowie seines eigenen Unwohlseins den Terminstag außer Acht gelassen habe. Wie groß aber auch der Antheil gewesen sein mag, den diese äußern Umstände an dem zeitweiligen Vergessen des übernommenen Auftrages gehabt haben, so wird doch durch ihren Hinzutritt der Vorwurf einer den gedachten Sachwalter treffenden eigenen Verschuldung nie ganz beseitigt, deshalb aber auch auf jene Momente ein tüchtiger Restitutionsgrund für Klägern nicht gebaut werden können, da ein solches Vergessen einen Mangel pflichtmäßiger Aufmerksamkeit auf Seiten des Sachwalters bis zu einem gewissen Grade immer und mit Nothwendigkeit vorausgesetzt — ganz abgesehen davon, daß nirgends erhellt, ob und in wie weit Advocat X. die schon durch die gewöhnliche Vorsicht gebotenen Vorkehrungen, um ein derartiges Uebersehen der Frist zu verhüten, in Zeiten getroffen habe, obwohl Kläger Bl. — selbst anführt, daß die mehrerwähnte Krankheitsperiode in des Ersteren Hause erst mehrere Tage nach Eingehung des Compromisses Bl. — ihren Anfang genommen.

Diese Rücksichten, in Verbindung mit der Erwägung, daß die gegen die Gültigkeit des obgedachten Compromisses wegen der angeblich fehlenden richterlichen Genehmigung Bl. — erhobenen Zweifel durch eine Verweisung auf die Marginalbemerkungen Bl. — und — sich vollständig erledigen, mußten zu der Verwerfung des angebrachten Restitutionsgesuches führen, indem es sonach an der Voraussetzung gebricht, unter welcher von der an sich nur subsidiären Natur der aus Versäumnissen des Sachwalters zu suchenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Praxis abgesehen zu werden pflegt, und es mußte dem Kläger überlassen bleiben, sich wegen der ihm durch das Verschulden seines Bevollmächtigten erlittenen Verletzung zunächst an diesen sich zu halten.

Dagegen hat man sich behindert gesehen, auf den Antrag der Beklagten, sofort eine definitive Entscheidung in der Sache zu ertheilen, schon jetzt einzugehen, da der Kläger in der nach dem Ausfalle des vorigen Urthels auch nicht ganz ungerechtfertigten Erwartung, er werde mit seinem Antrage auf Restitution Gehör finden, bis jetzt jeder Auslassung über die im entgegengesetzten Falle eintretende Wendung des Rechtsstreites sich enthalten zu dürfen geglaubt hat, und ihm gleichwohl die Gelegenheit nicht abgeschnitten werden durfte, über das etwanige günstige Ergebniß seines Gegenbeweises und dessen Einfluß auf die endliche Entscheidung der Sache sich auszusprechen.

Es mußte daher insoweit bei der Anordnung der vorigen Instanz, daß den Parteien die Fortsetzung des durch den Incidentstreit unterbrochenen Schlußverfahrens zu gestatten sei, bewenden.

Die Compensation der Kosten des Rechtsmittels war Folge der wenigstens theilweisen reformatorischen Entscheidung."

Auf anderweite Appellation Klägers wurde jedoch vom K. Oberappellationsgerichte zu Dresden das Urthel erster Instanz wieder hergestellt, und zwar aus folgenden Gründen:

„Die vorigen beiden Instanzen stimmen darin überein, daß auch in einer ein schätzbares Object betreffenden Rechtssache gegen das von dem Sachwalter einer Partei verhangene Fristversäumniß, ohne Bezugnahme auf vorgängige vergebliche Ausklagung des Sachwalters, um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand da angesucht werden könne, wo die Umstände so beschaffen sind, daß dann, wenn nicht dem Sachwalter, sondern der Partei selbst das Versäumniß beizumessen wäre, derselben die Gewährung dieses Gesuches nicht zu versagen sein würde.

Dem hat das Oberappellationsgericht beizupflichten.

Wird von diesem Gesichtspunkte bei der Beurtheilung des vorliegenden Restitutionsgesuchs ausgegangen, so können nicht die über die Verantwortlichkeit des Sachwalters oder eines Mandatars überhaupt, seinem Auftraggeber gegenüber, bestehenden rechtlichen Vorschriften als entscheidend betrachtet werden, sondern es ist die Frage dahin zu richten, ob nach den über die Folgen des Ungehorsams in Processen über die prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bestehenden Vorschriften, die sieben Tage betragende Verzögerung des Einlassungssatzes im Productionsverfahren, dafern der vorige Sachwalter des Klägers selbst Partei wäre, durch das bescheinigte Vorbringen des Klägers (Bl. — flg. — flg. — flg.) für entschuldigt und das damit verbundene Restitutionsgesuch für ausreichend unterstützt zu achten, oder ob diese Verspätigung mit einem materiellen Rechtsverluste zu bestrafen sei.

Man kann hierbei von einer Erörterung darüber, ob die Behauptung in Biener, syst. proc., §. 89., daß der von älteren Rechtslehrern (s. z. B. Leyser, in med. ad pand. sp. 33. no. 1.) aufgestellte Satz: a contumacia salua etiam liberat causa, als ein in der Praxis recipirter gelte, absehen, da nach ausdrücklichen römischen Gesetzesvorschriften auch ein entschuldbarer Irrthum den Anspruch auf Restitution begründet (l. 2. D. de in integr. rest. [4. 1.] — §. 33. Inst. de action. [4. 6.] jct. l. 25. D. ex quib. caus. maj. [4. 6.]) und darauf, ob eine negligentia oder eine necessitas rerum (angustia temporis) die Verabsäumung veranlaßte, von dem Richter mit Beachtung einer gewissen Billigkeit zu sehen ist (l. 16. D. ex quib. caus. maj. [4. 6.] l. 26. §. 9. eq. cod.), das sächsische Recht aber hieran etwas nicht geändert hat, vielmehr darin (s. das Rescript vom 7. November 1787 in Cod. Aug. Cont. II. Thl. I. S. 497.), der Satz, daß, wenn über die poena contumaciae Zweifel entsteht, für die mildere Meinung und contra rigorem zu sprechen sei, als eine gemeine Rechtsregel anerkannt wird.

Werden diese Principien, wie dies in ähnlichen Fällen (z. B. in Sachen Königs ./. Stephan, II. 906/810. vom 5. März 1850, sowie in Sachen Hähnerts ./. Schwarz, II. 301/260. vom 20. Juli 1852) von dem Oberappellationsgerichte geschehen, auf den vorliegenden Fall angewendet, in welchem, nach den beigebrachten Umständen, zwar die rechtzeitige Einreichung des verspätigten Satzes nicht außer dem Bereiche der Möglichkeit lag, der Irrthum jedoch, durch welchen die Verspätigung veranlaßt ward, als ein entschuldbarer erscheint, so hat es kein Bedenken haben können, die von der ersten Instanz ausgesprochene Bewilligung der Restitution für gerechtfertigt zu befinden.

Nur insofern, als die Bedrängnisse, in denen sich der vorige Sachwalter des Klägers befand, erst in die letzten acht Tage der Frist fielen, könnte noch ein Zweifel gegen die Bewilligung der Restitution erregt werden. Derselbe würde jedoch nur dann als erheblich gelten können, wenn man dem Sachwalter darüber, daß er nicht sofort nach dem Tage des Compromisses auf die Frist, oder während der ersten sechs Tage der vierzehntägigen Frist den Satz fertigte und einreichte, einen Vorwurf zu machen hätte, was offenbar nicht geschehen kann.

Bei dem wegen der durch das Restitutionsgesuch veranlaßten Unkosten Bl. — Erkannten hat sich der Kläger beruhigt; die Appellationskosten waren wegen des Wechsels der Entscheidungen über diesen Punkt zu compensiren."

## 122.

I. Bei einem in condominio befindlichen Grundstücke sind alle die Benutzung betreffenden Maaßregeln an die Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer gebunden. — II. Miethstreitigkeiten gehören im Allgemeinen nicht zu denjenigen Differenzen, deren Gegenstand schlechthin keine Schätzung zuläßt.

Mitgetheilt von

Herrn P. U. in L.

Unter dem 1. September 1853 kündigte im Stadtgericht zu B. Johann Gotthilf W. dem Buchdrucker R. für Weihnachten diejenige Wohnung auf, welche Letzterer in dem seiner Ehefrau, deren Kindern und ihm selbst eigenthümlich zugehörigen, auch von ihm administrirten Hause innehabe.

Am anberaumten Ermissionstermine jedoch appellirte Impetrat wider die Ermission „Mangels einer neuen Wohnung", reichte auch noch vor Eintritt des zur Berichterstattung anberaumten Termines eine Eingabe bei den Acten ein, worin er das Recht des Impetranten, über die Miethwohnungen des fraglichen Hauses zu verfügen, um deswillen bestritt, weil dasselbe zu $\frac{6}{32}$ dem Adv. Kr. eigenthümlich gehöre, im Uebrigen auch ein Theil gerichtlich sequestrirt werde.

Impetrant räumte hierauf ein, daß er das Grundstück nur zu $\frac{9}{32}$, seine Ehefrau zu $\frac{11}{32}$, die unmündigen Geschwister B. zu $\frac{6}{32}$ eigenthümlich besitzen, welche von einem Sequester verwaltet würden, der jedoch, wie dies aus seiner Unterschrift unter dieser Eingabe hervorgehe, die bewirkte Kündigung allenthalben genehmige.

Dagegen, bemerkt Impetrant, vermöge er die Zustimmung des Adv. Kr. rücksichtlich der diesem eigenthümlich gehörigen $\frac{6}{32}$ am fraglichen Hause nicht beizubringen, dieselbe sei auch nicht erforderlich, da es sich vorliegenden Falls nicht um eine Verfügung über die Substanz, sondern nur um die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache handele. Letzteren Falls leide der Grundsatz, daß kein Miteigenthümer wider den Willen des Andern an der Sache Etwas vornehmen dürfe, nur insofern Anwendung, als die Miteigenthümer wirklich widersprochen hätten, was jedoch Adv. Kr. nicht gethan habe.

Hiernächst sei der Miteigenthümer nur seinen Miteigenthümern, nicht aber Fremden gegenüber in der Verfügung über die ganze Sache beschränkt, und ein Fremder, gegen welchen der Miteigenthümer sein Recht geltend mache, könne sich nicht in der Detention der Sache durch Berufung auf das Recht der anderen Miteigenthümer behaupten, zumal wenn er, wie Impetrat, nicht anzuführen vermöge, daß dieses Recht durch irgend ein Rechtsgeschäft auf ihn übergegangen sei.

Im Uebrigen, führt Impetrant an, habe Impetrat im Jahre 1846 laut des angefügten Zinsbuches von ihm, Impetranten, das fragliche Logis gemiethet, und auch an ihn den Miethzins abgeführt, mithin könne er sein Miethrecht nicht vom Adv. Kr. herleiten, der überdies erst im Jahre 1849 die erwähnten $\frac{6}{32}$ Theile des Grundstückes erworben habe.

Ferner gehörten Vermiethungen, Kündigungen u. s. w. zu denjenigen Maaßregeln, ohne welche ein Grundstück nicht verwaltet werden könne, und da es der Natur der Sache nach unthunlich sei, daß über einzelne Wohnungen nur antheilig verfügt werde, so müsse derjenige Miteigenthümer, welcher sich mit der Administration befasse, über die einzelnen Miethwohnungen, allerdings unter Verantwortlichkeit gegen die übrigen Miteigenthümer, ganz verfügen dürfen.

Sollte übrigens, bemerkt Impetrant, bei Verfügungen über eine gemeinschaftliche Sache ein Conflict zwischen mehreren Miteigenthümern eintreten, so sei nichts natürlicher, als daß die Mehrheit der Stimmen den Ausschlag gebe, ein Grundsatz, den die Gesetzgebung in mehrerern ähnlichen Fällen, namentlich hinsichtlich der Ausübung des Provocationsrechtes bei Ablösungen, anerkannt habe.

Gesetz über Ablösungen u. Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832. §. 4.

Hiernach würde es ebenfalls der Einwilligung des Adv. Kr. nicht bedürfen. —

Das Proceßgericht wies, in Uebereinstimmung mit den Anträgen des Impetranten, die Einwendungen des Impetraten als unstatthaft zurück, und rechtfertigte dies in dem hierauf erstatteten Berichte namentlich damit, daß Impetrat durch Abführung des jedesmaligen Miethzinses an Impetranten dessen Berechtigung zur Stellung der von ihm ausgegangenen Anträge auf Kündigung unzweifelhaft anerkannt habe. —

Das Königl. Appellationsgericht zu L. verordnete hierauf in der Hauptsache:

„Wenn nun nach den über das Verhältniß der Theilhaber zu einander in Beziehung auf das Dispositionsbefugniß über die gemeinschaftliche Sache geltenden Grundsätzen die Rechtsbeständigkeit von Verfügungen über die Substanz und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache, zu denen offenbar auch die Eingehung und Auflösung von Miethverhältnissen

zu rechnen, an die Einwilligung aller Theilhaber geknüpft ist, und daß Impetrant mit der Verwaltung des Hauses und der Besorgung der Miethangelegenheiten von den antheiligen Miteigenthümern beauftragt gewesen sei, nicht erhellet, immaaßen dafür der Inhalt des zu den Acten übergebenen Quittungsbuches allein nicht entscheidend werden kann, hiernächst, will man die erfolgte Aufkündigung aus dem Gesichtspunkte einer negotiorum gestio betrachten, doch jedenfalls deren Ausführung die Ratihabition der Miteigenthümer voraussetzt, eine solche aber Seiten des Adv. Kr., als des mit $\frac{8}{12}$ Theilen des Hauses eingetragenen Condominus, annoch ermangelt;

so hat das K. Appellationsgericht die ergriffene Berufung zwar verworfen, verordnet jedoch mit Vornahme der Exmission bis zu der erfolgten Ratihabition des Adv. Kr. Anstand zu nehmen." —

Gegen diesen letzteren Theil der Verordnung wendete Impetrant das Rechtsmittel der Appellation ein und bemerkte unter Bezugnahme auf seine früheren Ausführungen zur Begründung der Zulässigkeit desselben überhaupt Folgendes:

Der Gegenstand vorliegenden Rechtsstreites sei nicht blos causa major, sondern übersteige offenbar den Werth von 200 Thlrn. —ʼ —ʼ, da es sich hier nicht blos um den jährlichen Miethzins von 60 Thlrn. —ʼ —ʼ, sondern um die Verfügung über die vermiethete Wohnung selbst handele.

Wollte man aber auch den Miethvertrag selbst und das Recht, die ermiethete Wohnung zurückzufordern, einer landesüblichen Schätzung unterwerfen, so folge es doch aus der Natur der Sache sowohl, wie aus der Analogie der Bestimmungen in §. 1. des Mandats vom 28. November 1753 über jura, servitutes, praestationes annuae und onera realia, welche nicht incertae aestimationis seien, daß hierbei nicht auf den Betrag des Miethzinses eines bestimmten Termines, sondern auf den Nutzungswerth der Wohnung zu sehen sein würde, so daß schon eine Wohnung, welche über 2 Thlr. —ʼ —ʼ jährlichen Miethzins abwirft, das Streitobject einer causa major bilden müßte. Gegen die Ansicht, daß der bedungene Miethzins nach dem Betrage, welcher auf die unter den Parteien streitige Zeitdauer des Contracts ausfalle, eine ausreichende Unterlage für Beantwortung der Zulässigkeitsfrage vorliegender Appellation biete, spreche auch noch die Analogie des Gesetzes vom 16. Mai 1839, welches in §. 3. zwar Ansprüche auf Miethzinsen bis zum Betrage von 20 Thlrn. —ʼ —ʼ in dieser Proceßart zu verhandeln gestatte, jedoch blos so lange, als nicht etwa die Hauptverbindlichkeit selbst, auf welcher dergleichen Ansprüche beruhen, streitig worden; dasselbe müsse wegen Gleichheit des Grundes auch von dem Falle gelten, wenn der Betrag der Miethzinsen zwar nicht 50 Thlr. —ʼ —ʼ überschreite, allein die Hauptverbindlichkeit, auf welcher sie beruhen, das Fortbestehen des Miethvertrages selbst, den eigentlichen Streitgegenstand bilde.

Das Königl. Oberappellationsgericht verwarf jedoch diese Appellation unter Compensation der Kosten aus folgenden Gründen:

„Die formelle Zulässigkeit der gegenwärtigen Appellation bestreitet der Impetrat, weil der Gegenstand derselben nach dem Betrage eines viertel- oder halbjährigen Zinstermines zu berechnen, und daher bei einem Jahresbetrage nur ein geringfügiger sei. Dieser Ansicht ist aber nicht beizupflichten gewesen. Miethstreitigkeiten gehören allerdings nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts im Allgemeinen nicht zu denjenigen Differenzen, deren Gegenstand schlechthin keine Schätzung zuließe, vielmehr giebt dabei der auf die nach rechtlicher Beziehung in Betracht kommende Zeit zu bemessende Miethzins eine für die Höhe des Streitobjects oder die appellable Summe zu Grunde zu legende Norm ab.

In Exmissionssachen kann daher, wenn der Miethsmann die Fortsetzung des Vertrages beansprucht und den bedungenen Miethzins fortzubezahlen bereit ist, und der Differenzpunkt nur darin besteht, ob der letztere sofort oder erst nach Ablauf eines bestimmten, zum Voraus zu übersehenden Zeitraumes ausziehen muß, das Interesse des Vermiethers an der Räumung des Grundstückes, auch ohne Hinzutritt besonderer Umstände, nach Gelde abgeschätzt und dabei der auf jenen Zeitraum zu entrichtende Zins als maaßgebend betrachtet werden.

Im vorliegenden Falle ist zwar die vertragsmäßige Dauer des Miethcontractes ebensowenig, als der Betrag der Miethzinsen an jährlich 60 Thaler —ʼ —ʼ oder das gegenseitige Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist irgendwie in Zweifel gezogen worden; es handelt sich aber darum, ob diese Kündigung von sämmtlichen Miteigenthümern des bezüglichen Grundstückes ausgehen müsse, oder auch nur einer oder einige derselben hierzu berechtigt seien?

Diese Frage muß nach Principien entschieden werden, welche bei einer anderweiten Kündigung ebenfalls zur Grundlage der richterlichen Entschließung dienen müssen, wobei also die jetzt zu ertheilen gewesene Entscheidung präjudicirlich werden muß.

Der Werth des Streitobjects kann hiernach um so weniger in der von Impetraten behaupteten Weise fixirt werden, als sich gar nicht übersehen läßt, ob und wenn der Impetrant eine den Anforderungen der vorigen Instanz entsprechende Kündigung werde bewirken können.

In materieller Beziehung hat man jedoch nur zu einer Bestätigung der vorigen Entscheidung gelangen können.

Das römische Recht, welches insoweit auch in Sachsen seine völlige Geltung hat, bestimmt ausdrücklich, daß in Bezug auf eine im gemeinschaftlichen und ungetheilten Eigenthume mehrerer Personen befindliche Sache keiner gegen den Willen des andern irgend etwas unternehmen darf,

l. 28. D. comm. divid. (X, 3.)

woraus von selbst folgt, daß bei Ausübung dieser gemeinschaftlichen Rechte jeder Miteigenthümer an die Zustimmung der übrigen gebunden ist.

Die Meinung des Impetranten, daß diese gesetzliche Vorschrift nur auf Verfügungen über die Substanz zu beziehen sei, widerspricht nicht allein dem Inhalte und Wortlaute der Gesetzesstelle, sondern entbehrt auch sonst aller Begründung. Das mehreren Personen gemeinschaftlich zustehende Eigenthum gewährt zugleich für Jeden das aus diesem Eigenthume fließende Verwaltungs- und Benutzungsrecht; es würde daher der einzelne Miteigenthümer in der Ausübung gesetzlicher Befugnisse gestört und beschränkt werden, wenn man ihm blos in Bezug auf die Veräußerung, und nicht auch bei allen die Benutzung betreffenden Maaßregeln, die gleiche Stimme mit den übrigen Miteigenthümern verwilligen wollte. Das in der l. 5. §. 15. D. commod. (13. 6.), auf welche der Impetrant sich bezieht, dem Miteigenthümer einer und derselben Sache zugeschriebene Recht steht aber gleichmäßig allen zu, und kann daher in Bezug auf Verfügungen über Substanz oder Benutzung von keinem derselben für sich allein vindicirt werden. Daß aber bei einer Meinungsverschiedenheit, welche sich unter den mehreren Eigenthümern rücksichtlich der Veräußerung oder Benutzung ergeben, eine Stimmenmehrheit den Ausschlag geben müsse, ist ebenfalls ungegründet. Die von Impetrantem dafür angezogenen Gesetze betreffen singuläre Fälle, beruhen auf besonderen Rücksichten und können um so weniger einer extensiven Interpretation unterworfen werden, weil sie eine Ausnahme von der Regel, nämlich eine sehr erhebliche Beschränkung in der Disposition über das eigene Vermögen enthalten. Dagegen bestimmt das römische Recht l. c. ausdrücklich:

„manifestum est, prohibendi jus esse, in re enim pari potiorem causam prohibentis esse, constat.“

Hiermit ist ausgeschlossen, daß der Widersprechende sich dem übereinstimmenden Beschlusse der übrigen Miteigenthümer über irgend eine Maaßregel fügen müsse, und es verbleibt gegen denjenigen, welcher sich einer an sich zweckmäßigen und vortheilhaften Maaßregel widersetzt, nur ein Regreßanspruch oder ein Anspruch auf Vertheilung der Substanz oder der Nutzungen durch richterliche Dazwischenkunft vermöge der actio de communi dividundo übrig.

Vergl. L. 7. §. 10. L. 21. D. de comm. div.

Der eine von mehreren Miteigenthümern kann zwar für die übrigen als negotiorum gestor auftreten, nur müssen, wenn dies angenommen werden soll, auch diejenigen thatsächlichen Umstände vorliegen, welche eine negotiorum gestio erkennen lassen. In gegenwärtigem Falle sind diese Umstände aber wenigstens nicht liquid. Der Adv. Kr., welcher actenkundig nach $\frac{3}{4}$ als Käufer und Besitzer des bezüglichen Grundstückes im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden, ist voraussetzlich an Ort und Stelle anwesend und dessen eigene Erklärung zu erlangen, es läßt sich daher nach dem, was jetzt vorliegt, nicht beurtheilen, ob der Impetrant W. durch die Kündigung des fraglichen Quartiers eine Maaßregel ergriffen habe, welche der gedachte Miteigenthümer als eine ihm nützliche anerkennen müsse.

Daß der Impetrant beim Abschlusse des Miethvertrages die damaligen Besitzer zu vertreten gehabt habe, läßt sich aus dem producirten Miethzinsbuche, da solches nur Quittungen über gezahlte Miethzinsen enthält, aber keine Auskunft darüber giebt, zwischen welchen Personen und unter welchen Bedingungen der Miethvertrag abgeschlossen worden sei, offenbar nicht absehen. Aber wenn auch Impetrant als damaliger Besitzer und legitimirter Administrator mit dem Impetraten contrahirt hätte, so würde doch der genannte Adv. Kr. schon dadurch, daß er einen Theil des bezüglichen Grundstückes erkauft und den Miethvertrag gemeinschaftlich mit den übrigen Condominis fortgesetzt hat, dergestalt in diesen Vertrag mit eingetreten sein, daß nach den obenerwähnten Grundsätzen derselbe nicht ohne seine Zustimmung aufgelöst werden konnte.“

## 123.

**Bei Bestimmung der Competenz zu Führung der Untersuchung wegen betrügerischen Banquerotts ist nicht der Ort, wo die letzte in dieses Verbrechen möglicherweise einzurechnende Handlung verübt worden, sondern der Ort, an welchem, im Falle ein Concurs ausgebrochen wäre, derselbe zu verhandeln sein würde, maaßgebend.**

Mitgetheilt von

Herrn Act. H. in B.

Der früher in B. wesentlich wohnhafte D. war von der verehel. H. beschuldigt, eine in Sachen derselben, Klägerin, wider ihn, Beklagten, am 16. April 1853 in seiner Behausung vorgenommene Mobiliarauspfändung dadurch hinterzogen zu haben, daß er mehrere seiner Effecten heimlicher Weise auf die Seite geschafft habe.

Gleichzeitig hatte D. ungefähr drei Wochen vor der fraglichen Hülfsvollstreckung sich des ehemännlichen Nutznießungs- und Verwaltungsrechts am Vermögen seiner Ehefrau begeben, und dasselbe als Receptitiengut der letztern erklärt.

Die Gerichte zu B., von der Ansicht ausgehend, daß die von D. sich angeblich zu Schulden gebrachten Betrügereien nicht mehr als einzelne, für sich zu betrachtende Verbrechen, sondern als Handlungen darstellten, welche nach Art. 258. des Criminalgesetzbuchs unter den Gesammtbegriff des betrügerischen Banquerotts fielen, und die Untersuchung wegen eines solchen, mit Hinsicht auf die eigenthümliche Beschaffenheit dieses, nicht in einzelnen Thaten, sondern in einem Inbegriff verschiedener zusammenhängender Handlungen beruhenden Verbrechens immer vor dem Richter des Wohnorts zu führen sei, vor dem auch die Einleitung des Concursprocesses stattzufinden habe, hatten — da D. mittlerweile sich nach M. gewendet — die Einleitung der diesfallsigen Untersuchung dem Königl. Kreisamt zu M. überlassen zu müssen geglaubt, und deshalb dahin die Sache abgegeben.

Das letztere erwiederte jedoch, daß, da die wider D. zur Anzeige gebrachten betrügerischen Handlungen unter den Gerichten zu B. begangen worden sein sollten, und die Untersuchung deshalb nicht dem Richter des Wohnorts des Angeschuldigten, sondern dem des begangenen Verbrechens zukomme, es die Einleitung der Untersuchung wider D. ablehnen und den Gerichten zu B. überlassen müsse.

Die letztern erstatteten hierauf wegen dieser Competenzdifferenz Bericht an das Königl. Ministerium der Justiz, welches die Sache an das Königl. Appellationsgericht zu D. abgab, von dem unterm 12. Juni / 22. Juli 1854 folgende Verordnung erging:

„Von dem Königl. Ministerium der Justiz ist der dahin von den Gerichten zu B. in Betreff der zwischen ihnen und dem Kreisamte M. wegen Führung der Untersuchung wider D., früher in B., jetzt in M., obwaltenden Competenzirrung unterm 8./20. Mai 1854 erstattete Bericht an das Königl. Appellationsgericht allhier zur Beschlußfassung abgegeben worden.

Nun scheint zwar die fragliche Handlungsweise ernannten D.'s nach demjenigen, was bis jetzt in den Acten vorliegt, als eine das Verbrechen des betrügerischen Banquerotts (Art. 258. des Criminalgesetzbuchs) involvirende nicht angesehen werden zu können; Man hat jedoch die Entschließung hierunter zunächst obenermeldetem Kreisamte, welches allerdings, wenn jenes Verbrechen hier vorläge, nach der im obigen Bericht *) erwähnten, neuerdings auch von dem unterzeichneten Gerichtshofe angenommenen Ansicht des Königl. Justizministeriums, wornach bei Bestimmung der Competenz zu Führung der Untersuchung wegen betrügerischen Banquerotts nicht der Ort, wo die letzte in dieses Verbrechen möglicherweise einzurechnende Handlung verübt worden, sondern der Ort, an welchem, im Falle ein Concurs ausgebrochen wäre, derselbe zu verhandeln sein würde, maaßgebend ist — als die zu Führung der diesfallsigen Untersuchung wider D. competente Behörde zu betrachten sein würde, wie hierdurch geschieht, zu überlassen."

*) Im Bericht hatten sich die Gerichte zu B. zu Rechtfertigung ihrer Ansicht unter Anderm auch auf die Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. III. S. 455 ff. und Bd. IV. S. 314 ff. bezogen.

Anm. des Eins.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz.

Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler

Verlag von Bernhard Tauchnitz in Leipzig.

№ 59. Neue Folge Zweiter Jahrgang. 1854.

### 124.

Beitrag zur Lehre vom Retorsionsrecht. — Der Gläubiger kann das Pfandrecht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache und den persönlichen Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner gleichzeitig geltend machen. — Exceptionen, welche blos allgemein angeführt worden sind, und Auslegung von §. 2. ad Tit. XXXV. der Erl. Proceßordnung.

Mitgetheilt von
Herrn J. in Z.

Die Gebrüder Abraham und Jacob F. zu Amsterdam erhoben am 6. August 1852 wider Herrmann Edmund W. zu Z. bei dem dasigen Gericht folgende Klage:

„Majorana Elisabeth B., Besitzerin der Plantage „La Singularité" in der Colonie Surinam, erhielt von dem Handlungshause „Gebrüder F." in Amsterdam die Summe von 75,000 Gulden Niederl. Courant vorgestreckt und baar und richtig ausgezahlt, und bekannte hierauf besage der in deutscher Uebersetzung abschriftlich beiliegenden Klagbeifuge A. unter dem 19. Juli 1832, daß ihr von dem gedachten Handlungshause 75,000 Gulden Niederl. Courant vorgestreckt und baar und richtig ausgezahlt worden seien, versprach auch dieses Capital nach dem in der Colonie Surinam zulässigen Zinsfuße von 6 vom Hundert auf das Jahr zu verzinsen, sowie in der in der gedachten Urkunde näher angegebenen Art und Weise zurückzubezahlen, und setzte zu mehrerer Sicherheit für Capital und Zinsen die ihr damals zugehörige Plantage „La Singularité" sammt Inventar und zugehörigen 150 Köpfen Sclaven, sowie 30 Köpfen Privatsclaven unterpfändlich ein.

Besage des in abschriftlicher Uebersetzung beigefügten Kaufs sub B. verkaufte die genannte Majorana Elisabeth B. ihre nurgedachte Plantage „La Singularité" sammt Zubehör und Inventar, sowie 89 Köpfe Privatsclaven unterm 25. Februar 1841 an Hendrik Adolph W., ferner den Beklagten und Johann Friedrick C. für resp. 140,000 Gulden und 70,000 Gulden Niederl. Courant, welche letztere sich unter Verzicht auf das beneficium divisionis und alle andern Einreden und Rechtswohlthaten zur Bezahlung dieser Kaufsumme solidarisch verbindlich machten. Von diesem Kaufschilling überwies die B. dem Handlungshause „Gebrüder F." die Summe von 65,000 Gulden Niederl. Courant, als auf welchen Betrag sich ihre Schuld immittelst gemindert hatte, und erklärten sowohl letzteres durch unterschriftliche Mitvollziehung des Kaufcontractes, als auch die Käufer ihr Einverständniß mit dieser Ueberweisung, vereinigten sich auch besage der in urschriftlicher Uebersetzung beigefügten Klagbeifuge C. unter dem 1. März 1841, nachdem immittelst die B. die Uebergabe der verkauften Plantage sowohl, als der Privatsclaven an die genannten Käufer bewirkt hatte und letztere auch in der in Surinam üblichen Form durch willige Verurtheilung in den Civilbesitz des fraglichen Grundstücks gelangt waren, hinsichtlich der Rückzahlung der den „Gebrüdern F." überwiesenen 65,000 Gulden dahin, daß während der zwei ersten Jahre, nachdem die Possession der Plantage „La Singularité" cum annexis den Käufern verliehen worden sei, nämlich am 25. Februar 1841, jährlich die Renten vom Capital der 65,000 Gulden nach 6 Procent auf das Jahr vom 25. Februar 1841 an,

das dritte Jahr nach diesem Zeitpunkte 5000 Gulden auf das Capital und 6 Procent Renten vom Capital der 65,000 Gulden, das vierte und die folgenden Jahre jedesmal 10,000 Gulden und die Interessen nach 6 Procent von dem jedesmal restirenden Saldocapital bis zur gänzlichen Bezahlung der Schuld von den Käufern Hendrik Adolph W., dem Beklagten und Johann Friedrick C. an die Firma von „Gebrüder X." in Amsterdam, oder deren Ordre, Erben oder Rechtsnachfolger bezahlt werden sollten. Es gelobten auch die nurgenannten Käufer zu mehrerer Sicherheit für Capital und Zinsen Hypothek an der ihnen zugehörigen Plantage „La Singularité" cum annexis an, haben sich williger Verurtheilung deshalb vor dem zuständigen Gerichtshof in Paramaribo in der Colonie Surinam submittirt und ist die Hypothek gehörigen Orts eingetragen worden.

Allein die nunmehrigen und solidarischen Schuldner der Firma „Gebrüder X.", die beiden W. und C. haben mit Ausschluß der Capitalzinsen auf das erste Jahr, und somit bis zum 25. Februar 1842, die von ihnen übernommenen Zahlungsverpflichtungen in keiner Weise erfüllt, und hat sich Beklagter aus der Colonie Surinam entfernt und domicilirt dermalen zu Z."

Die Kläger, welche die alleinigen Inhaber der Firma „Gebrüder X." in Amsterdam und als solche durch die Urkunde W. bereits genügend legitimirt sind, erheben daher gegen den Beklagten die gegenwärtige Klage, fordern unter Eidesantrag Einlassung und Antwort sub praejud. und beantragen die Entscheidung,

daß Beklagter die libellirten 65,000 Gulden Niederl. Courant sammt Zinsen davon zu 6 Procent oder, dafern dieser Zinsfuß für unzulässig erachtet werden sollte, mindestens zu 5 Procent auf das Jahr vom 25. Februar 1852 an und Zinsen des Verzugs von Zeit erhobener Klage an den Klägern zu bezahlen ꝛc. schuldig.

Der Beklagte räumte im Allgemeinen den Grund der Klage ein, setzte jedoch derselben mehrere — aus nachfolgenden Erkenntnissen näher zu ersehende — Einreden entgegen, worauf das K. S. Spruchcollegium zu Leipzig besage eines am 21. Februar 1853 publicirten Urthels entschied:

ꝛc. „Und weil, wenn auch Beklagter bei pct. lit. cont. — zugestanden, daß, als er die in der Klage erwähnte Plantage „La Singularité" in der Colonie Surinam in Gemeinschaft mit seinem Bruder Hendrik Adolph W. und mit Johann Friedrick C. am 25. Februar 1841 gekauft, sie, die Käufer, der Verkäuferin Elisabeth B. gegenüber zur Berichtigung des stipulirten Kaufpreises unter Verzicht auf das beneficium divisionis solidarisch sich verbindlich gemacht und daß die Verkäuferin von den bedungenen Kaufgeldern die Summe von 65,000 Gulden Niederl. Courant den Klägern, den Inhabern der Handlung „Gebrüder X." in Amsterdam, überwiesen habe, die Klage, insoweit sie auf ein Mehreres, als auf den dritten Theil der beregten Summe sammt Zinsen gerichtet ist, für begründet nicht erachtet werden kann, indem in der betreffenden, der Klage unter B. abschriftlich beigefügten Kaufsurkunde Art. — wegen der Tilgung jener 65,000 Gulden auf eine besondere, mit den dermaligen Klägern einzugehende Uebereinkunft hingewiesen worden, diese besondere Uebereinkunft aber, wie sie in der Klagbeifuge sub — zu finden ist, nichts enthält, was auf eine solidarische Verpflichtung der gedachten Käufer in ihrem Verhältnisse zu den Klägern hinwiese; so ist das Suchen der Kläger in Ansehung zweier Drittheile der geklagten Summe in der angebrachten Maaße für unstatthaft zu achten.

Da aber im Uebrigen die gegen die formelle Statthaftigkeit der Klage fol. — vorgebrachten Einwendungen für ausreichend nicht erachtet werden mögen, indem

1 a.

obwohl nach der Bestimmung unter 4. in §. 10. des Gesetzes B. vom 28. Januar 1835 *in Sachsen* ohne Genehmigung des Justizministeriums kein im Auslande gesprochenes Urthel vollzogen werden darf, soweit nicht durch besondere Verträge mit einzelnen Staaten ein Anderes festgesetzt ist, doch hier es gar nicht um die Vollziehung eines im Auslande gesprochenen Erkenntnisses sich handelt, vielmehr erst eine condemnatorische Sentenz gesucht wird, demnächst, selbst wenn in den Sächsischen Gesetzen ein solches jus retorsionis, wie Beklagter fol. — behauptet, begründet wäre, doch der Nachweis, daß den Königl. Sächsischen Unterthanen in dem Königreiche der Niederlande ein Rechtsschutz nicht gewährt werde, gänzlich zu vermissen ist, — ferner

1 b.

zu der Erwägung, ob und inwieweit durch die in der Klage berührten Verträge eine persönliche Verpflichtung des Beklagten constituirt sei, es einer näheren Kenntniß der ausländischen Gesetzgebung, namentlich der in Holland, in den Niederlanden und und in Surinam bestehenden Gesetze, nicht bedarf,

1 c.

im vorliegenden Falle es um die Erfüllung einer nach den Gesetzen des Königreichs Sachsen nicht gestatteten Leistung keineswegs, sondern nur um einen gewöhnlichen Schuldvertrag sich handelt, — weiter

2.

die Einrede der Litispendenz um so weniger als liquid erscheint, als aus den angezogenen Urkunden gar nicht hervorgeht, daß der öffentliche Verkauf der den Klägern verpfändeten Plantage in Folge eines von den Klägern wider den Beklagten in Surinam anhängig gemachten Processes und auf Antrag der Kläger erfolgt sei, — demnächst

3.

die Klage allerdings nicht in dem foro domicilii des Beklagten anzustellen gewesen wäre, wenn es in der Absicht der Kläger gelegen hätte, mit der hypothekarischen Klage hervorzutreten, als solche jedoch die vorliegende Klage sich gar nicht charakterisirt, dieselbe vielmehr als reine Personalklage sich darstellt, — endlich

4.

auch die Beziehung auf die fol. — ersichtliche Bekanntmachung des Gouvernements zu Paramaribo vom 23. März 1816 — zufolge welcher in der Provinz Surinam die fol. — erwähnte Einrichtung bestehen soll — dem Beklagten nicht zu Statten kommt, da jene Bekanntmachung nur soviel sagt, daß derjenige, welcher die Insel verlassen wolle, dies sechs Wochen vor seiner Abreise öffentlich bekannt zu machen und seine Gläubiger zur Aufgabe ihrer Forderungen aufzurufen habe, und daß er, wenn der Gläubiger nicht spätestens 14 Tage nach jener Ankündigung bei dem Gouvernementssecretariate seine Forderungen melde, die Pässe zur Abreise erhalten solle, hiernach aber davon nicht die Rede sein kann, daß der Gläubiger, wenn er es unterlassen hätte, einer in dem gedachten Sinne erlassenen öffentlichen Aufforderung tempestiv zu entsprechen, seiner Forderung gänzlich verlustig gehe, — nun aber Beklagter bei pct. lit. — den Grund der Klage zur Genüge eingeräumt; so ist derselbe den Klägern den dritten Theil der geforderten 65,000 Gulden Niederl. Courant sammt Zinsen zu fünf Procent (maaßen im Königreiche Sachsen ein höherer Zinsfuß, außer bei Wechselforderungen, nicht gestattet) vom 25. Februar 1852 an gerechnet, unter Compensation der Proceßkosten zu bezahlen schuldig. Er könnte und wollte denn seine fol. — unter VII. und VIII. zerstörlicher Weise vorgeschützten Ausflüchte (der Verzichtleistung auf den Anspruch und der Bezahlung) in Sächsischer Frist, den Klägern der Gegenbeweis, beiden Theilen ꝛc. erweisen, so ergehet deshalb, was Recht ist."

Auf hiergegen von beiden Theilen eingewendete Appellation reformirte jedoch das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau besage des von ihm abgefaßten, am 14. December 1853 bekannt gemachten Erkenntnisses vorstehendes Urthel dahin: „daß es bei sothanem Urthel insoweit, als in solchem Bl. — der Beklagte zu Bezahlung des dritten Theils der libellirten 65,000 Gulden sammt Zinsen zu fünf Procent vom 25. Februar 1852 an verurtheilt worden, ihm jedoch der Beweis der Bl. — unter VII. und VIII. zerstörlicher Weise vorgeschützten Ausflüchte vorbehalten worden, auf des Beklagten Berufung nicht zu lassen; sondern es hat auch rücksichtlich dieses Drittheils der Klägerin Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt. Dagegen ist, was die übrigen zwei Drittheile und den Kostenpunkt betrifft, Eingangs erwähntes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen ꝛc."

Die hierzu beigegebenen Entscheidungsgründe lauteten folgender Maaßen:

„A.

Zu des Beklagten Berufung.

Von den Einwendungen, welche der Beklagte gegen die Statthaftigkeit der wider ihn Bl. — angestellten Klage bei der Litiscontestation Bl. — und Bl. — vorgebracht hat, und worauf er in der Deduction seines Rechtsmittels Bl. — zunächst zurückgekommen ist, gehen die Bl. — und Bl. — erhobenen dahin, daß

a.

Klägern die Berechtigung fehle, die denselben an ihn, den Beklagten, zustehende Kaufgelderforderung vor einer hierländischen Gerichtsbehörde zu verfolgen, demnächst

b.

die Königlich Sächsischen Richtercollegien bei der bei ihnen vorauszusetzenden Unkenntniß des niederländischen Rechts nicht in der Lage seien, über das in Streit befangene Schuldverhältniß eine sachgemäße Entscheidung zu ertheilen, und

c.

die Ungültigkeit und Unverbindlichkeit der dem Anspruche der Kläger zum Grunde gelegten Verträge angenommen werden müsse.

Allein sowie diese Einwendungen bereits von der ersten Instanz für unbegründet erklärt worden sind, so haben solche auch in der jetzigen keine Berücksichtigung finden können.

Indem Man insoweit den dem vorigen Urthel einverleibten Gründen Bl. — und Bl. — beitritt, hat Man denselben bezüglich des in der Deductionsschrift Bemerkten Folgendes hinzuzufügen:

Zu a.

Der Umstand, daß die Kläger in Amsterdam wohnhaft sind, und also einem Staate angehören, zwischen welchem und der Krone Sachsen eine auf die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe bezügliche Uebereinkunft nicht besteht, kann keinen Grund ab-

geben, die Kläger an der gerichtlichen Geltendmachung einer ihnen an einen Königl. Sächsischen Staatsunterthan zustehenden rechtmäßigen Anforderung zu behindern. Denn heut zu Tage sind in der Regel die Bewohner eines fremden Staatsgebiets derselben Privatrechte theilhaftig, wie Einheimische;

s. Eichhorn's Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 75. S. 226.

von Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, im Archive für die civilistische Praxis, Bd. 24. S. 253. und Bd. 25. S. 33. 34. und 181.

von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8. S. 25.

sie haben daher, gleich den letzteren, im Zweifel die Fähigkeit, in eigener Sache gerichtlich aufzutreten und begründete Anforderungen bei der Wohnortsbehörde ihres Schuldners einzuklagen, und daß auch die Sächsische Gesetzgebung diesen Grundsatz anerkennt, dafür spricht recht deutlich das von dem Beklagten mehrmals bezogene Generale, die Erwiderung der in auswärtigen Staaten geltenden Rechte betr., vom 4. April 1805. (C. A. C. III. Tom. I. pag. 213—215.) Denn indem in diesem Gesetze §. 1. der Satz an die Spitze gestellt wird, daß die Retorsion nur in den Fällen eintreten soll, wenn in einem auswärtigen Staate etwas als Ausnahme von der dortigen Rechtsverfassung zum Nachtheile entweder der Fremden überhaupt oder Sächsischen Unterthanen insbesondere gesetzlich geordnet und gegen letztere bereits in Anwendung gebracht worden ist, ist damit indirect ganz unzweifelhaft ausgesprochen, daß, sobald eine solche Ausnahmebestimmung in dem Staate, welchem ein gegen einen Sächsischen Staatsunterthan klagender Auswärtiger angehört, nicht vorhanden ist, letzterem die Rechtshülfe gegen den ersteren in privatrechtlichen Streitigkeiten nicht versagt werden möge.

Nun wird zwar von dem Beklagten Bl. — eingewendet, es bezeichne die öffentliche Meinung Holland als ein Land, in welchem der Ausländer, insbesondere der Sachse, dafern er nicht die Rechte der Eingebornen erlangt habe, Rechtsschutz nicht finden könne, und es wird dabei auf Sächsischen Staatsbürgern in Holland angefallene Erbschaften Bezug genommen, die, weil die Erben keinen Schutz gefunden hätten, unerhoben geblieben seien.

Allein ganz abgesehen davon, daß dieser Einwand weder näher begründet, weniger noch bescheinigt worden ist, wie doch dem Beklagten jedenfalls zu thun obgelegen, so erscheint auch das ganze Anführen einer unterm 15. November 1837 erlassenen Ministerialverordnung gegenüber (Gesetzsammlung vom Jahre 1837. S. 107.) völlig unglaublich und verdient schon darum nicht die geringste Beachtung.

Inhalts dieser Verordnung ist nämlich unterm 3. October des gedachten Jahres über die gegenseitige Aufhebung des Abzugsrechtes zwischen den Königlichen Regierungen von Sachsen und den Niederlanden eine Uebereinkunft getroffen worden, in deren erstem Artikel (s. Gesetzsamml. S. 108.) ausdrücklich bestimmt worden ist, daß in Erbschaftsfällen bei Vermächtnissen, Schenkungen, Verkauf, Auswanderung, oder wo sonst eine Uebertragung von Gütern aus dem Königreiche Sachsen in das Königreich der Niederlande oder von diesem in jenes stattfinde, die unter dem Namen „Abzugsrecht, Abschoß und Nachsteuer" bekannten Abgaben künftig nicht mehr gefordert und erhoben werden sollen.

Es sind demnach hierdurch die Unterthanen beider contrahirender Staaten bezüglich der Erwerbung von Gütern in dem einen Staate und deren Ausführung in den andern einander gleichgestellt, und es läßt sich daher dieser Bestimmung gegenüber gar nicht mehr annehmen, daß Sächsischen Staatsangehörigen die Erhebung einer ihnen im Niederländischen Staatsgebiete angefallenen Erbschaft erschwert oder gar unmöglich gemacht werde.

Behauptet dagegen der Beklagte in der Deductionsschrift Bl. — weiter, daß im Königreiche der Niederlande ein Ausländer als solcher Rechtsschutz gegen einen Niederländischen Unterthan nicht erlangen könne, sondern nach den dortigen Gesetzen zuvörderst in den Niederlanden domiciliren müsse, und nur erst nach Erlangung des Domicils als Schutzverwandter des Niederländischen Staats Zutritt und Gehör bei den Niederländischen Gerichten fordern und Rechtsschutz erlangen könne, so verdient auch diese Behauptung eines Theils wegen ermangelnder Bescheinigung, und andern Theils um deswillen keine Beachtung, weil sie erst in jetziger Instanz vorgebracht worden ist.

Allein, selbst abgesehen hiervon, würde auf die erwähnte Behauptung hin der gegenwärtige Proceß nicht einmal sistirt werden können, da aus ihr noch keineswegs folgt, daß die angeblich in den Niederlanden bestehenden Gesetzesvorschriften, deren zu Folge Ausländer nur unter der Voraussetzung, daß sie allda domiciliren, Rechtsschutz erlangen können, auch auf Schädenansprüche der Ausländer an dortige Staatsangehörige zu beziehen und als Ausnahme von der dortigen Rechtsverfassung zum Nachtheile der Fremden erlassen worden seien. Denn so, wie die Behauptung hingestellt ist, enthalten, die Wahrheit derselben vorausgesetzt, jene Niederländischen Gesetzesvorschriften nicht sowohl eine ungleiche Be-

handlung der Ausländer im Verhältnisse zu den Einheimischen, sondern nur die Bestimmung, daß das Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung bei den Niederländischen Gerichtsstellen an die Domicilirung gebunden sei. Demzufolge würde zwischen dem Sächsischen und dem Niederländischen Rechte blos der Unterschied bestehen, daß nach dem ersteren der Ausländer, sofern er nur volljährig und dispositionsfähig ist, ohne vorgängige Erlangung eines hierländischen Domicils in eigener Person vor jeder Sächsischen Gerichtsstelle auftreten und seine Ansprüche geltend machen kann, während er nach dem letzteren dieses Befugniß nur erst nach vorgängiger Erwerbung eines Domicils in den Niederlanden ausüben darf.

Dies ist aber kein eigentlicher Retorsionsfall im Sinne des obangezogenen Generalis von 1805, sondern blos eine Verschiedenheit der Rechte des Königreichs Sachsen und des der Niederlande bezüglich des juris standi in judicio, wodurch nach §. 3. dieses Generalis die Retorsion in der Regel nicht begründet wird.

Zu b.

Das Rechtsgeschäft, auf welchem der klagbar gemachte Schuldanspruch beruht, ist ein Kaufvertrag (Klagbeilage sub B.) Bl. —, Inhalts dessen unterm 25. Februar 1841 Elisabeth B. zu Paramaribo in der Niederländischen Colonie Surinam ihre innerhalb dieser Colonie gelegene Zuckerplantage, „La Singularité“ genannt, sammt allen Zubehörungen an den Beklagten, dessen am 26. Februar 1848 verstorbenen Bruder Hendrik Adolph W. und Johann Friedrich C. für 140,000 Holländische Gulden verkauft, und an diese Kaufsumme die laut der Klagbeilage sub — Bl. — von den Klägern im Jahre 1832 dargeliehen erhaltenen 75,000 Gulden zum Betrage von 65,000 Gulden als eine auf dieser Plantage hypothekarisch haftende Forderung angewiesen hat.

Auch haben die genannten Käufer in einer mit den Klägern unterm 1. März des gedachten Jahres getroffenen Uebereinkunft (Klagbeilage sub C.) Bl. — diese 65,000 Gulden als eine richtige Kaufgelderforderung zur vollständigen Tilgung übernommen und davon bis zum Eintritt dieses Zeitpunktes 6 Procent Zinsen vom 25. Februar 1841 an zu entrichten sich verbindlich gemacht.

Alles dies ist von dem Beklagten beim — Einlassungsabschnitte Bl. — zugestanden und insonderheit im — Abschnitte Bl. — ausdrücklich bekannt worden, daß sie, die Käufer, in den Civilbesitz der erwähnten Plantage gelangt seien, und hinsichtlich der Rückzahlung der den Klägern überwiesenen 65,000 Gulden mit denselben sich dahin geeinigt hätten, daß sie während der zwei ersten Jahre, vom 25. Februar 1841 an gerechnet, blos die Zinsen zu 6 Procent entrichten, das dritte Jahr dagegen, außer diesen Zinsen, 5000 Gulden auf das Capital, und jedes folgende Jahr auf das letztere 10,000 Gulden nebst Zinsen bezahlen sollten.

Haben sonach der Beklagte und seine beiden Mitkäufer zu Bezahlung der 65,000 Gulden sich den Klägern persönlich verpflichtet, so bedarf es auch nicht erst einer besonderen Kenntniß des Niederländischen Rechts, um beurtheilen zu können, daß und wie weit der Beklagte als dermaliger Königl. Sächs. Staatsunterthan zu Erfüllung dieser persönlichen Verpflichtung gehalten sei. Denn es ist allgemein Rechtens, daß die im Auslande contrahirten Schuldverbindlichkeiten dem vom Orte des Contracts sich entfernenden und in einem andern Staat sich niederlassenden Schuldner in seinen neuen Wohnsitz dergestalt nachfolgen, daß er sich bei den hierunter mit seinem Gläubiger entstehenden Streitigkeiten der Entscheidung der vorgesetzten Justizbehörden seines neuen Wohnsitzes unterwerfen muß.

Wenn daher die den letzteren zur Norm für die Entscheidung gegebenen Quellen weder ausdrücklich eine Anwendung des fremden Rechtes vorschreiben, noch ihrer Richtung, ihrem Geiste und Sinne nach auf eine solche Anwendung führen, so liegt es im Sinne dieser Quellen, daß nur eben ihr Inhalt, die Weise, wie sie die Rechtsfrage an sich entscheiden, zur Anwendung komme, und es hat demnach in einem solchen Falle der erkennende Richter blos die ihm gegebenen Unterlagen zu prüfen und darnach und den bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß den Streit zu entscheiden.

Da es nun aber ein allbekannter, schon im natürlichen Rechte begründeter Satz ist, daß der Käufer nach Empfang des Kaufgegenstandes den Kaufschilling bezahle, und da dem Obigen zu Folge die libellirte Forderung ein Theil der Kaufsumme ist, um welche der Beklagte und seine beiden Mitkäufer die an sie verkaufte Zuckerplantage „La Singularité“ erworben und übergeben erhalten haben, so muß auch folgerecht Beklagter, mag er nach seiner Entfernung aus der Colonie Surinam seinen Wohnsitz aufgeschlagen haben, wo er wolle, für verpflichtet gehalten werden, den Klägern die libellirte Forderung zu dem Antheile zu bezahlen, zu welchem er nach Bl. — die gedachte Plantage mit erkauft hat.

An dieser Auffassung des Rechtsverhältnisses kann auch

zu c.

der Umstand, daß dem Beklagten und seinen beiden

Mitkäufern nach dem mit der Elisabeth B. abgeschlossenen Contracte auch eine beträchtliche Anzahl Sclaven mit verkauft worden ist, die unter der Kaufsumme mit begriffen sind, nichts ändern.

Denn wollte man selbst annehmen, daß die über Sclavenankäufe jenseits des Weltmeeres abgeschlossenen Verträge nach hierländischem Rechte unverbindlich seien und der Klagbarkeit entbehren, so würde doch dadurch die Schuldverbindlichkeit des Beklagten nicht aufgehoben werden, da es sich gegenwärtig gar nicht mehr um die Vollziehung eines Sclavenhandels handelt, sondern eine Kaufgelderforderung in Frage ist, deren Berichtigung der Beklagte, seinem eigenen Geständnisse zu Folge, mit übernommen hat.

Demnach, und da auch das in der Deductionsschrift Bl. — Gesagte aus den bereits Bl. — angeführten Gründen ganz unerheblich ist, würde eigentlich auf des Beklagten Berufung confirmatorisch zu erkennen gewesen sein, wäre nicht ein Umstand in näheren Betracht zu ziehen, welcher auf die rechtliche Beurtheilung des in Streit befangenen Obligationsverhältnisses von wesentlichem Einflusse ist und die erhobene Klage so, wie sie angebracht worden, unstatthaft erscheinen läßt.

Die Kaufgelderforderung, deren Bezahlung die Kläger von dem Beklagten verlangen, hat nach Inhalt der Klagbeilage sub A. die obengenannte Elisabeth B. von den Klägern im Jahre 1832 darlehnsweise vorgestreckt erhalten und zu deren Sicherstellung eine Hypothek an ihrer, „La Singularité" genannten Zuckerplantage eingeräumt. Der Beklagte und seine beiden Mitkäufer sind demnach bezüglich dieser Forderung die dritten Besitzer des verpfändeten Grundstücks, und als solche für ihre Person zu Bezahlung sothaner Forderung nur in so weit verpflichtet, als zu deren Tilgung der durch die Versteigerung der Plantage sammt Zubehörungen erlangte Erlös nicht ausreicht.

Nun haben aber die Kläger selbst in der wegen der nämlichen Forderung Inhalts der beigelegten Acten sub — schon früher angestellten Executionsklage Bl. — und Bl. — angeführt, und es wird dies auch durch die Beilagen dieser Klage Bl. — bestätigt, daß nach dem Tode des Bruders des Beklagten die erwähnte Plantage in Folge des von dem Generalbevollmächtigten der Kläger gestellten Ansuchens im Jahre 1851 öffentlich versteigert und einem Dritten für das Meistgebot von 32,500 Gulden überlassen worden sei.

Mit Bezugnahme darauf haben denn auch die Kläger in jener Klage Bl. — weiter erklärt, wie sie erbötig seien, den Betrag dessen, was ihnen von dieser Erstehungssumme zukommen werde, dem Beklagten gegen Bezahlung der Schuld abzutreten.

Hiervon ist jedoch in der vorliegenden Klage nichts wieder erwähnt, noch auch nur angegeben worden, daß und wie viel von der fraglichen Erstehungssumme den Klägern auf die libellirte Kaufgelderforderung zugetheilt und gewährt worden sei.

Kann Man nun auch den Verfassern des vorigen Urthels darin beipflichten, daß von einer eigentlichen Litispendenz, wie der Beklagte Bl. — wiederholt zu deduciren versucht, nicht die Rede sein könne, so ist doch die so eben vermißte Angabe zu Begründung der jetzigen Klage um so unerläßlicher, als ohne dieselbe sich gar nicht übersehen läßt, inwieweit den Klägern wegen der in Frage befangenen Forderung annoch eine persönliche Klage gegen den Beklagten zustehe.

Darauf ist auch von dem Königl. Oberappellationsgerichte in den Rationen zu der in der Executionsklagsache ertheilten Entscheidung Bl. — den Beilagsacten ausdrücklich hingewiesen worden, und es muß daher diese Hinweisung auch für die Beurtheilung der Statthaftigkeit der anderweit erhobenen Klage maaßgebend sein.

Obgleich nun demnach die jetzige Klage wegen des so eben bemerkten Mangels in der angebrachten Maaße für unstatthaft zu achten und daher auf des Beklagten erste, zweite und vierte Beschwerde das vorige Urthel so, wie geschehen, abzuändern war, so hat Man doch das letztere in Ansehung der Proceßkosten ꝛc. bestätigen zu müssen geglaubt ꝛc."

Gegen dieses Erkenntniß remedirten nunmehr die Kläger, in dessen Folge selbiges durch das Königl. Oberappellationsgericht unter dem 8. September 1854 nachersichtliche Abänderung erlitt: „daß es bei dem Urthel zweiter Instanz, soweit darin das Suchen der Kläger überhaupt in der angebrachten Maaße abgewiesen worden ist, nicht zu lassen, sondern es hat vielmehr bei dem sol. — ersichtlichen Erkenntnisse (erster Instanz) und der darin sol. — mit Vorbehalt des Beweises der daselbst bezeichneten Ausflüchte ausgesprochenen Verurtheilung des Beklagten, jedoch mit folgender Abänderung sein Bewenden, daß Beklagter nicht blos den dritten Theil der geforderten 65,000 Gulden Niederländisch Courant, sondern zwei Fünftheile dieser Summe nebst Zinsen zu 5 Procent, vom 25. Februar 1852 an gerechnet, zu bezahlen verbunden; es bleibt aber demselben nachgelassen, eintretenden Falls hiervon denjenigen Betrag in Abzug zu bringen, welchen Kläger durch die aus der verpfändet gewesenen Zuckerplantage, „La Singularité" in Surinam gelösten Licitationsgelder erweislich darauf bereits erlangt haben. Dagegen ist

im Uebrigen erwähntes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, es ꝛc.“

Die Entscheidungsgründe dazu waren folgende:

„In dem Erkenntnisse zweiter Instanz fol. — ist die erhobene Klage lediglich aus dem fol. — angeführten Grunde in der angebrachten Maaße abgewiesen worden, und dieser bedarf daher auf die gegenwärtig von den Klägern eingewandte Appellation vor allen Dingen einer näheren Prüfung.

Der Satz, daß ein Gläubiger das Pfandrecht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache und den persönlichen Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner gleichzeitig geltend machen könne, hat bereits in den im

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrg. 1849. Seite 268 f.

abgedruckten Entscheidungsgründen ausführliche Beurtheilung gefunden, und das Oberappellationsgericht selbigen noch neuerlich in Sachen Ernst Wolfs ℳ. Friedrich August Beier im Jahre 1853 und 1854 befolgt.*)

Wenn nun in dem vorliegenden Falle die von der ursprünglichen Schuldnerin der B. geschehene Ueberweisung des betreffenden Kaufgelderbetrags an das Handlungshaus „Gebrüder X.“ in Amsterdam unter deren und der Käufer erklärtem Einverständnisse erfolgte und demgemäß von Letzteren besage der in der Urkunde C. fol. — getroffenen Uebereinkunft nach Erlangung des Civilbesitzes der erkauften Plantage die libellirte Summe als eine Kaufgelderforderung zur vollständigen Tilgung ausdrücklich übernommen worden, nach dem Inhalte dieser Vereinigung also Beklagter und seine beiden Mitkäufer zu deren Bezahlung sich zugleich besonders persönlich verpflichtet haben, so kann auch der fol. — hervorgehobene Umstand, daß dieselben als dritte Besitzer des verpfändeten Grundstücks zu betrachten seien, der Anstellung einer Personalklage wider Beklagten nicht entgegenstehen. Denn bei der Beschaffenheit des durch gedachte Ueberweisung und die spätere Uebereinkunft in Bezug auf die obige Forderung zwischen den Gläubigern und Käufern der Plantage herbeigeführten Rechtsverhältnisses ist jener Umstand ohne Einfluß, und das Befugniß der Ersteren, gegen Letztere persönlich klagbar zu werden, darnach eben so wenig einem Zweifel unterworfen, als dies rücksichtlich der ursprünglichen Schuldnerin der Fall gewesen sein würde. Wollte man dagegen auf die in §. 90. des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr., vom 6. November 1843 im zweiten Satze enthaltene Vorschrift Bezug nehmen, zu Folge deren die durch ausdrückliche Uebernahme einer hypothekarischen Schuld begründete persönliche Verbindlichkeit bei dem dritten redlichen Besitzer nur auf die Zeit beschränkt sei, während er oder seine Erben das verhaftete Grundstück besäßen, dafern sie nicht auf Zahlung bereits früher belangt worden, so würde dieser Einwand dadurch sich erledigen, daß die Käufer hier nicht blos die Hypothek ausdrücklich übernommen, sondern sich auch dem Gläubiger in gedachter Maaße persönlich verbindlich gemacht haben, und es kann mithin ganz auf sich beruhen, ob dabei von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die persönliche Haftung des dritten Besitzers in gedachtem Falle abzusehen und jene Vorschrift auf das vorliegende Verhältniß überhaupt zur Anwendung zu bringen wäre.

Es kommt also nun die weitere Frage in Betracht, ob von gedachtem Grundsatze dann eine Ausnahme zu machen sei, wenn das verpfändete Grundstück bereits öffentlich versteigert worden, und ob für diesen Fall der Gläubiger sich zunächst an die Erstehungsgelder halten müßte, und erst insoweit, als er aus diesen seine Befriedigung nicht erlangt, gegen den persönlichen Schuldner klagend aufzutreten berechtigt sei. Auch diese Annahme erscheint jedoch nicht begründet. Denn eine gesetzliche Vorschrift, welche den Gläubiger in Bezug auf den, welcher für die Forderung persönlich verhaftet ist, an eine Reihefolge bände, und diesen Anspruch blos als einen subsidiären gelten ließe, findet sich weder im gemeinen Rechte vor, noch ist eine solche in der vaterländischen Gesetzgebung enthalten.

Nach §. 79. des Hypothekengesetzes wird dem Pfandgläubiger ausdrücklich überlassen, wenn der persönliche Schuldner zugleich Besitzer des verpfändeten Grundstücks ist, die persönliche und hypothekarische Klage zu verbinden, und der §. 81. des Gesetzes, welcher dem Gläubiger gegen diejenigen, welche für die Forderung persönlich verhaftet sind, die Klage in allen Fällen vorbehält, ist zu Gunsten des Gläubigers beigefügt, und kann nicht den Zweck haben, diesen an eine Reihenfolge zu binden, und zu seinem Nachtheile die persönliche Verbindlichkeit als eine blos subsidiäre zu bezeichnen, vielmehr setzt derselbe voraus, daß der Gläubiger sich zunächst an das verpfändete Grundstück halten wolle, und es soll nach ihm nur verhindert werden, daß solcher nicht doppelt Zahlung empfange. Sollte der Gläubiger genöthigt werden, zunächst an die Licitationsgelder und resp. an die terminlichen Zahlungen derselben sich zu halten, so könnte die Erwägung, daß

*) S. oben S. 425 flg.

dieſe Terminzahlungen auf geſetzlicher Vorſchrift beruhen, ihm keinen Erſatz bieten für die Nachtheile, die ihm dadurch erwachſen, und für die Beſchränkung ſeines Rechts, wenn dieſe nicht ſonſt auf haltbaren rechtlichen Beſtimmungen beruhen, wie es ſich denn dabei auch nicht blos um die Verzögerung, welche er erleidet, ſondern auch um andere Nachtheile handelt, denen er möglicherweiſe dadurch ausgeſetzt ſein würde. Von dieſer Anſicht iſt das Oberappellationsgericht in den Entſcheidungsgründen zu der eingangsbemerkten Rechtsſache ausgegangen, und man hat ſelbiger auch gegenwärtig beizutreten.

Daß daher der hypothekariſche Gläubiger nach der Subhaſtation des Pfandgrundſtücks dem perſönlichen Schuldner gegenüber hinſichtlich der Deckung ſeiner Forderung auf die erlangten Licitationsgelder zunächſt und allein hingewieſen ſei, läßt ſich in keiner Hinſicht annehmen, und ein Grund zu dieſer Beſchränkung auch daraus, daß ein Gläubiger hinſichtlich des Hülfsgegenſtandes nicht variiren dürfe, bis entſchieden ſei, daß er durch ſolchen nicht volle Befriedigung erlangt, nicht ableiten, namentlich wenn es an den nöthigen Unterlagen zu der Vorausſetzung fehlt, daß nach dem Stande der Hypothekenſchulden des Pfandgrundſtücks der Gläubiger vollſtändige Befriedigung aus den Licitationsgeldern zu erwarten habe. Die von den Klägern fol. — der Beil.-Acten sub — mit Bezug auf die fol. — angezogenen Urkunden sub — abgegebene Erklärung enthält nun nichts, was nach den obigen Grundſätzen die Anſtellung gegenwärtiger Perſonalklage unſtatthaft machte, und ein Gleiches gilt von beſagten Urkunden, aus denen ohnehin nicht einmal deutlich hervorgeht, daß die öffentliche Verſteigerung der verpfändet geweſenen Plantage in Folge des von Klägern gegen Beklagten eingeleiteten Verfahrens ſtattgefunden. Es kann alſo auch nicht behauptet werden, daß dieſelben, weil ſie die Wahl ihrer Befriedigung bereits getroffen gehabt, zumal die Subhaſtation längſt vorüber iſt, daran für gebunden zu achten ſeien.

Demnach würde nur noch der Zweifel zu erheben ſein, ob nicht hierunter noch ein Grund zur Verwerfung der erhobenen Klage in der Unbekanntſchaft mit den Geſetzen der Colonie Surinam von dem obigen Geſichtspunkte aus zu finden ſei. Nun hat aber Beklagter nicht anzuführen vermocht, daß an letzterem Orte der Erhebung eines perſönlichen Anſpruchs, wie des gedachten, neben der Geltendmachung der Hypothek, ein verbietendes Geſetz entgegentrete, ſondern ſich deshalb fol. — im Allgemeinen auf die vorauszuſetzende Unkenntniß des ausländiſchen Rechts und darauf bezogen, daß nach der Urkunde C. die Schuld als eine hypothekariſche bezeichnet und übernommen worden, nicht aber eine perſönliche Verbindlichkeit für ihn daraus erwachſen ſei und jedenfalls Kläger, welche ſich beſage der Executionsacten an das verpfändete Grundſtück gehalten, von letzterer gegen ihn nicht eher Gebrauch machen könnten, als bis die Streitſache in Surinam erledigt, die Gelder vertheilt, ihm gut geſchrieben und berechnet worden ſeien. Dieſe Einreden ſtehen jedoch der Anwendung der oben angeführten Grundſätze nicht entgegen, und es kann demnach eben ſo wenig, wie Beklagter fol. — weiter auszuführen verſucht hat, von einer vorhandenen Litispendenz die Rede ſein, als es eines Eingehens auf die Frage bedarf, ob demſelben in dem Falle, wenn er ſich deshalb ſpeciell auf ein dergleichen Prohibitivgeſetz berufen hätte, nach Befinden ein diesfallſiger Beweis nachzulaſſen geweſen ſein würde, den er bei der Beziehung auf fremdes Recht zu übernehmen verpflichtet geweſen wäre.

von Langenn und Kori, Erörterungen, Th. III. S. 1 ff. Ausg. 2

Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 18. S. 68 ff. Bd. 21. S. 261 ff.

In dem vorigen Erkenntniſſe fol. — iſt endlich auf die fol. — der Beilagsacten ertheilten Gründe des Oberappellationsgerichts hingewieſen, in welchen ausgeſprochen worden ſei, daß ſich bei der Unbekanntſchaft mit den Geſetzen der Colonie Surinam die Wirkung der beigebrachten Urkunden in materieller Hinſicht nicht beurtheilen, und jedenfalls nach dem eigenen Zugeſtändniſſe der Kläger in Betreff der zwangsweiſe erfolgten Verſteigerung des verpfändeten Grundſtücks nicht überſehen laſſe, inwiefern ihnen nach Abzug des zu Tilgung ihrer Forderung verwendeten Erlöſes deſſelben noch eine perſönliche Klage gegen Beklagten zuſtehe; allein daß dieſer Grund blos in Rückſicht auf den damals in Frage geſtandenen Executionsproceß habe gelten ſollen, ergiebt ſich deutlich aus der weiteren Bemerkung fol. — und es iſt daraus gegen die Kläger in dem vorliegenden Rechtsſtreite auf keine Weiſe eine Rechtskraft abzuleiten.

(Schluß in der gleichzeitig erſcheinenden Nummer 60.)

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 60.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

(Schluß aus No. 59.)

Sind also die Thatsachen, auf welchen die gedachten Auslassungen des Beklagten beruhen, nicht von der Beschaffenheit, daß sie den von den Klägern erhobenen Anspruch auf liquide Weise zu entkräften vermöchten, und ist namentlich der Umstand, daß von gedachten Erstehungsgeldern Kläger bereits gänzlich oder theilweise Befriedigung erlangt hätten, von Beklagtem nicht excipirt, noch weniger aber in rechtliche Gewißheit gesetzt, so lag zur Schlüssigkeit der Klage auch nicht die Nothwendigkeit vor, derselben Behufs der Beseitigung einer liquiden Ausflucht sofort eine entsprechende Replik zu inseriren, die nach der Kläger neuerlichem Anführen fol. — ohnedies nur in der Negative hätte bestehen können, daß sie von gedachten Erstehungsgeldern zur Zeit Etwas nicht erhalten hätten; es versteht sich aber von selbst, daß es, um zu verhindern, daß Kläger doppelte Zahlung erlangen, Beklagtem unbenommen bleiben muß, eintretenden Falls die erfolgte Befriedigung der Kläger aus jenen Licitationsgeldern nach Befinden noch bei der künftigen Execution innerhalb der in §. 91. des Executionsgesetzes geordneten Frist geltend zu machen.

Nach Vorstehendem erscheint die Klage aus dem vorliegenden Gesichtspunkte nicht in der angebrachten Maaße verwerflich, und eben so wenig können zu einer solchen Abweisung die übrigen von Beklagtem derselben entgegengestellten, namentlich den Einfluß der ausländischen Gesetzgebung in Bezug auf die Beurtheilung der dem fraglichen Anspruche zum Grunde liegenden Verträge und deren Ungültigkeit und Unverbindlichkeit betreffenden Einreden, welche bereits in den hierüber vorhin ertheilten Gründen fol. — als unerheblich zurückgewiesen worden, führen, weshalb es nun erforderlich wird, auf die Beantwortung folgender Fragen einzugehen:

1.

ob Beklagter überhaupt nach Lage der Sache sofort zu condemniren sei, und wenn dies zu bejahen,

2.

auf welchen Theil der libellirten Forderung sich diese Condemnatoria zu erstrecken habe, sowie

3.

ob Beklagtem der Beweis der fol. — sub VII. und VIII. vorgeschützten Ausflüchte nachgelassen sei.

ad 1.

Es ist schon fol. — (oben) sub b. dargethan worden, daß mit Rücksicht auf den Vertrag sub C. fol. — und auf Beklagtens Zugeständnisse fol. — derselbe auch nach seiner Entfernung aus der Colonie Surinam und Aufschlagung seines Wohnsitzes in hiesigen Landen nach den bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ohne daß es zu Beurtheilung dieser Verbindlichkeit erst einer besonderen Kenntniß des ausländischen Rechts bedürfte, zur Bezahlung der in Frage befangenen Forderung nach seinem Antheile verbunden sei. Dieser Ansicht stimmt man gegenwärtig bei, und es mußte demgemäß und nach Obigem Beklagtens Verurtheilung erfolgen, da alle hierzu nöthigen Thatsachen in ausreichender rechtlicher Gewißheit beruhen. Denn daß schon nach den im — Einlassungspunkte enthaltenen Geständnissen Beklagtens, zumal mit Hinsicht auf dessen über die betreffenden Urkunden erfolgten Auslassungen fol. — die Klage in Bezug auf jene Thatsachen als eingeräumt zu betrachten, war nicht zu bezweifeln, und die weitere Beantwortung derselben steht um so weniger entgegen, als Beklagter auf die als integri-

rende Theile der Klage anzusehenden Urkunden, worüber Kläger fol. — unter Eidesantrag Einlassung gefordert hatten, letztere ungeachtet des Präjudizes fol. — überhaupt nicht speciell bewirkt hat, der fol. — vorgebrachte allgemeine Einwand aber die diesfallsige Verweigerung zu rechtfertigen nicht geeignet sein würde.

Unter diesen Umständen wird

ad 2.

weiter zu untersuchen sein, auf welchen Theil der Kaufgelderforderung der Kläger sich die Condemnatoria zu erstrecken habe. Letztere haben ihre Klage m Wesentlichen auf die Bestimmungen in den sub A. B. und C. beigefügten Urkunden fol. — gestützt. Zieht man diese in ihrer Verbindung in nähere Erwägung, so hat dadurch die ganze libellirte Forderung allerdings nicht für ausreichend begründet angesehen werden können. Die solidarische Verbindlichkeit, welche nach art. 3. der Urkunde B. fol. — jeder Käufer unter ausdrücklichem Verzicht auf das beneficium divisionis übernommen hat, ist blos der damaligen Verkäuferin, der Elisabeth B., gegenüber erklärt worden. Wenn nun auch dieselbe von den Kaufgeldern die Summe von 65,000 Gulden N. C. in eben dem Kaufdocumente nach art. 6. mit Rücksicht auf die diesfallsige Hypothek den Inhabern der Handlung „Gebrüder X." zu Amsterdam überwies, zu deren Berichtigung sich die Käufer verpflichteten, so ist doch hinsichtlich der Modalität der Tilgung in der Urkunde B. auf ein besonderes, zwischen gedachten Gläubigern und Schuldnern getroffenes Abkommen Bezug genommen, und es würde daher von einem solidarischen Verhältnisse der Letzteren zu den Klägern, welches allein aus der Beschaffenheit jenes überwiesenen Capitals als eines hypothekarischen noch nicht folgt, nur dann die Rede sein, wenn in dieser Uebereinkunft solches mit ausdrücklichen, unzweideutigen Worten ausgesprochen worden wäre. Selbige enthält aber hierüber eine Bestimmung weiter nicht, und keine Bezugnahme auf gedachten art. 3. mehrbemerkten Kaufs; es kann namentlich auch der dabei gemachte Zusatz, daß die Uebernahme der Hypothekenschuld in dem damaligen Zustande in allen Punkten und Theilen, mit Ausnahme der in dem besonderen Acte gemachten Abänderungen geschehen solle, ohne Weiteres auf die solidarische Verpflichtung, zu welcher die Käufer in dem Kaufe mit der Elisabeth B. sich bekannt hatten, nicht erstreckt, und daraus die Verurtheilung des Beklagten in die libellirte Summe nicht abgeleitet werden, wie denn auf den fol. — der Beilagsacten berührten Austritt C.'s und die dadurch etwa herbeigeführte Veränderung des Leistungsverhältnisses gegenwärtig eben so wenig ein Absehen zu richten war. Das auf das Ganze gestellte Klaggesuch ist demnach durch das dermalige Vorbringen nicht für gerechtfertigt zu erachten gewesen.

Dagegen hat aber auch dem Erkenntnisse erster Instanz fol. — darin, daß es dieses Suchen, soweit es auf ein Mehreres, als auf den dritten Theil der beregten Summe gerichtet ist, in der angebrachten Maaße abgewiesen hat, nicht beigetreten werden mögen. Denn nach art. 2. fol. — des von Beklagtem mit der Elisabeth B. abgeschlossenen Kaufs hatte derselbe die Plantage zu dem Antheile von $\frac{2}{3}$ mit erkauft, und sich besage der Urkunde C. fol. — und Einl.-Punkt fol. — in Gemeinschaft mit seinem Bruder, Herrmann Adolph W., und Johann Friedrich C. mit den Klägern dahin vereinigt, die für diese auf der osterwähnten Zuckerplantage hypothekarisch versicherte Summe in den daselbst näher bezeichneten Raten vollständig zu berichtigen, inmittelst aber zu verzinsen. Ein Verhältniß, nach welchem diese Leistung zu bewirken sei, ist dabei allerdings nicht angegeben, allein ebensowenig hinsichtlich der Verbindlichkeit, wie sie von den einzelnen Käufern in dem obigen Kaufe übernommen worden, eine Abänderung eingetreten, welche gleichwohl hätte ausgesprochen werden müssen, wenn dem Einen eine größere, dem Andern eine mindere Verpflichtung *hätte obliegen* sollen. In dessen Betracht hat man daher davon auszugehen, daß jene Zusage auf dieselben Antheile habe gerichtet sein sollen, wie sie in dem gedachten Kaufe enthalten, auf welche in der Urkunde C. fol. — hingewiesen worden. Zwar wurde in dem Executionsprocesse fol. — der Beilagsacten die Ansicht aufgestellt, daß Beklagter im Mangel einer solidarischen Verpflichtung, und da aus der fol. — ersichtlichen Urkunde nicht mit Bestimmtheit zu ersehen, inwieweit die Gebrüder W. zur Vertretung des Antheils des ausgetretenen C. für verbunden geachtet werden könnten, nur bis zum Betrage eines Drittheils der fraglichen Forderung verhaftet sei, und derselbe hat daraus fol. — eine Rechtskraft dafür ableiten wollen, daß er deshalb auch in ein Mehreres nicht condemnirt werden könne; das, was über dieses Verhältniß damals im Executionsprocesse bemerkt wurde, ist indeß um so weniger geeignet, ein Anhalten für den vorliegenden Rechtsstreit darzubieten, als durch die spätere Entscheidung der Executionsproceß überhaupt für unstatthaft erachtet worden ist. Man hat es also unbedenklich finden müssen, Beklagten zu Bezahlung der fraglichen Kaufgelder nach $\frac{2}{3}$ mit Vorbehalt des oberwähnten Nachweises der Befriedigung der Kläger aus den Licitationsgeldern zu verurtheilen und insoweit eine

Abänderung des Urthels erster Instanz eintreten zu lassen. ꝛc.

ad 3.

Der Beweis der fol. — erwähnten Einreden sub VII. und VIII. war Beklagtem auf keine Weise zu entziehen. Denn das, was zu deren Begründung fol. — angeführt worden, erscheint hierzu genügend, da es bekanntlich bei Beurtheilung von Ausflüchten nicht so streng genommen zu werden pflegt, wie bei Klagen, welche in Mangel eines ausreichenden factischen Vorbringens nur in der angebrachten Maaße zurückzuweisen sind, während erstere nach Befinden bei ihrer Verwerfung gänzlich verloren gehen. In dieser Hinsicht war daher das vorige Urthel lediglich zu bestätigen.

Eben so wenig hat man sich auch zu der fol. — beantragten Correctoria ohne Weiteres veranlaßt finden können. In der Klage fol. — ist nämlich zwar ausdrücklich erwähnt, daß Beklagter mit den Zinsen des geklagten Capitals, deren Bezahlung die Käufer nach der Urkunde C. vom 25. Februar 1841 versprochen, seit dem 25. Februar 1842 in Rückstand verblieben sei; allein das petitum fol. — ist nur auf Zinsen vom 25. Februar 1852 gerichtet, und das Erkenntniß fol. — hat solche auch blos von dieser Zeit an zugesprochen, ohne daß Kläger in diesem Betracht damals ein Rechtsmittel eingewendet hätten. Ein Fall der Art, wie ihn die Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. 35. §. 2. voraussetzt, liegt daher keineswegs vor, da nicht die Fassung des Urthels auf einem offenbaren Irrthume, dem sofort durch eine Berichtigung abzuhelfen wäre, beruht, sondern in Gemäßheit des Klaggesuches erkannt worden ist, dessen Grenzen der Richter zu überschreiten nicht ermächtigt war, und wenn gleich unter Umständen die Verurtheilung des Beklagten in eine größere Leistung ausnahmsweise auf den spätern Antrag Klägers eintreten kann, dafern sich das diesfallsige Forderungsrecht aus den in der Klage angeführten Thatsachen ergiebt, so steht hier der Anwendung dieses Grundsatzes doch in Betreff des Drittheils schon die gedachte Rechtskraft entgegen. Aber auch wegen der Zinsen von dem jetzt zuerkannten Mehreren ist das petitum der Kläger darum einzuhalten gewesen, weil sich nach Obigem keineswegs so schlechterdings annehmen läßt, daß demselben ein in Gemäßheit der gedachten Stelle der Erl. Proceßordnung zur sofortigen Abhülfe geeigneter Irrthum zum Grunde liege, solcher auch ohngeachtet des eine frühere Verzinsung begründenden Anführens in der Klage aus der Beschränkung des Klaggesuches noch nicht erhellt, und eine diesfalls sofort zu treffende Abänderung um so mehr sich als unthunlich darstellt, als Beklagtem, was zugleich von dem vorher gedachten Drittheile gilt, dadurch seine etwaigen Einreden, die er bei der Beschaffenheit des petiti vorzuschützen nicht nöthig hatte, verloren gehen würden; es wird aber den Klägern unbenommen bleiben, ihren Anspruch auf die früheren Vertragszinsen, soweit sie sich damit fortzukommen getrauen, mittelst anderweiter Klage zu verfolgen."

---

## 125.

**Auch im Wechselprocesse ist, wenn die im Executivprocesse erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, Deposition der geklagten Summe durch den Schuldner zulässig.**

Mitgetheilt von
Herrn Dr. J. in L.

Vor dem Handelsgerichte zu Leipzig stellte im Juni 1854 K. gegen W. den Antrag, diesen zur Bezahlung einer Summe von 1000 Thalern und Zinsen, in welche W., als K.'s Vormann in der Reihe der Indossanten eines Wechsels, durch rechtskräftiges Erkenntniß seit Jahr und Tag verurtheilt worden war, nach Wechselrecht anzuhalten.

W. excipirte, daß der Kläger K. schon durch einen Giranten desselben Wechsels gedeckt worden sei, und verlangte, unter Bezugnahme auf einen Nahrungsabfall des Klägers, zur Deposition des Wechselbetrags, bis nachdem über seine in der alsbald darauf auch eingereichten Widerklage näher ausgeführte Einrede rechtlich werde erkannt sein, gelassen zu werden.

Das Handelsgericht hielt aber eine Deposition im Wechselprocesse überhaupt und an sich nicht für zulässig, und ging daher auf jenen Antrag gar nicht ein.

Der Beklagte wendete dagegen Berufung ein, und von dem Königl. Appellationsgericht zu Leipzig kehrte nach einigen Tagen schon (im Juli 1854) die Entscheidung zurück, in welcher es heißt:

„Sofern dagegen das Rechtsmittel wider die versagte Zulassung zu der angebotenen Deposition gerichtet worden ist, hat dasselbe als beachtlich betrachtet werden müssen. Wenn die allgemeine deutsche Wechselordnung der Fälle gedenkt, in welchen bei wechselmäßigem Regresse eine Deposition der Schuld stattfinden kann, so läßt sich darin eine Ausschließung sonstiger, in den Landesgesetzen gebilligter Hinterlegungsgründe am wenigsten da denken, wo der erste fremde Girant von seinem Nachmanne aus seinem Giro in Anspruch genommen wird, zu geschweigen, daß, da Deposition nicht Zahlung ist, der Deponent

sich selbst die Mittel, auf seinen Gewährsmann zurückzugehen, entzieht. Nun bestimmt aber die Erl. Proc.-Ordn. ad tit. VI. §. 1., daß durch Anstellung einer Widerklage die Execution in der Convention und insonderheit das Verfahren nach Wechselrecht nicht gehindert, noch differirt werden solle, daß jedoch dem Richter nach Beschaffenheit der Umstände unbenommen bleibe, den Beklagten, zumal er mit Fremden oder Unangesessenen zu thun habe, zu der gerichtlichen Deposition zu admittiren ꝛc."

Das Königl. Appellationsgericht verordnete daher, da es auch die Gründe der Depositionszulassung für genügend bescheinigt hielt, die Entlassung W.'s aus der an ihn gelegten Wechselhaft.

Auf Appellation des Wechselklägers K. erkannte das Königl. Oberappellationsgericht im August 1854:

„Der Ansicht der vorigen Instanz, daß die von Beklagtem beantragte Deposition des Schuldbetrages im Wechselprocesse auch nach dermaligen Rechten nicht unzulässig sei, hat beigepflichtet werden müssen. In der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. VI. §. 1. ist ausdrücklich bestimmt worden, daß durch Anstellung einer Widerklage der Fortgang der Convention, nebst der Execution, ingleichen auch das Verfahren nach Wechselrecht im geringsten nicht differirt, oder gehindert werden solle; daß aber dem Richter nach Beschaffenheit der Umstände unbenommen bleibe, den Beklagten, wenn er zumal mit Fremden oder Unangesessenen zu thun habe, zur gerichtlichen Deposition zu lassen. Mit dieser Vorschrift ist nicht allein die Zulässigkeit der Widerklage im Wechselprocesse zum Behufe der Ausführung an sich erheblicher, aber illiquider Ausflüchte, sondern auch die Statthaftigkeit der Deposition des Schuldbetrages, unter denselben Voraussetzungen, wie beim Executivprocesse und ohne Beschränkung auf bestimmte Fälle wechselmäßiger Verpflichtungen, anerkannt, und es ist, soviel die sächsische Praxis vor dem Erscheinen der allgemeinen deutschen Wechselordnung betrifft, an der Zulässigkeit jener Widerklage und dieser Deposition nicht gezweifelt worden.

In der deutschen Wechselordnung ist zwar dieser Deposition nicht gedacht, aber auch keine Bestimmung enthalten, wodurch dieselbe für thatsächlich aufgehoben erachtet werden könnte.

Diejenigen Stellen der deutschen Wechselordnung, in denen von der Deposition gehandelt wird, beziehen sich nur auf gewisse, von dem vorliegenden, in der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. VI. §. 1., sowie nicht minder auch im Anhange der Erläuterten Proceßordnung §. 15. und resp. im Mandate wegen der Hazardspiele vom 20. December 1766. §. 7. erwähnten, wesentlich verschiedene Fälle. In Art. 25—28. und Art. 29. ist von dem Sicherheitsregresse die Rede, welcher, mit Rücksicht beziehentlich darauf, daß nach Art. 19. der Wechsel in der Regel nicht besonders zur Annahme präsentirt zu werden braucht, alsdann stattfinden soll, wenn eine solche Präsentation gleichwohl geschehen, die Annahme aber nicht, oder nicht vollständig erfolgt, oder die Zahlungsfähigkeit des Acceptanten unsicher ist. Hier schreibt Art. 25. der Wechselordnung vor, daß Aussteller und Indossanten für die künftige Zahlung hinreichende Caution leisten, aber auch befugt sein sollen, statt dessen den Betrag zu deponiren. Im Art. 40. ist dem Acceptanten gestattet worden, nach Ablauf der für die Protesterhebung in Mangel Zahlung bestimmten Frist, die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Inhabers bei der competenten Behörde zu deponiren, und im Art. 73. endlich ist bei verlornen Wechseln die Deposition bis zum Austrage des Amortisationsverfahrens gestattet.

Daraus nun, daß für gewisse, im Wechselverkehr begründete und damit unmittelbar zusammenhängende Fälle Vorschriften über die Deposition ertheilt worden sind, läßt sich noch keineswegs die Folgerung ziehen, daß durch die deutsche Wechselordnung die Zulässigkeit einer Deposition bei Wechsel- und namentlich Wechselregreßansprüchen in *allen übrigen* Fällen, und namentlich im Laufe eines Wechselprocesses, schlechterdings habe ausgeschlossen werden sollen.

Die Deposition, von welcher die angezogenen sächsischen Particulargesetze handeln, ist zudem kein durch das Wesen des Wechselverfahrens bedingtes und dem Wechselrechte eigenthümliches Institut, sondern es ist dieselbe eine allgemeine, für jede Art des Urkundenprocesses berechnete und mit dem Wesen des Wechselverkehrs nicht im Widerspruch stehende Sicherheitsmaaßregel.

Eben deshalb ist es auch erklärlich, daß in der Wechselordnung hierüber etwas besonderes nicht bestimmt, vielmehr die Beantwortung der Frage, ob dergleichen Maaßnehmungen auch im Wechselprocesse stattfinden sollen, der Gesetzgebung jedes einzelnen Staates überlassen geblieben ist.

In dem sächsischen Gesetze vom 7. Juni 1849 über den Schuldarrest und den Wechselproceß ist zwar die in der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. VI. §. 1. enthaltenen Vorschrift ebenfalls nicht wieder erwähnt, allein im §. 30. und 50. ist der Wechselproceß als eine Gattung des Executivprocesses ausdrücklich bezeichnet, und die Zulässigkeit der Widerklage bei illiquiden Ausflüchten ganz im Allgemeinen und ohne Beschränkung auf bestimmte Fälle des

Wechselprocesses anerkannt worden. Da die Bestimmungen, welche in §§. 30 flg. über die Formen des Wechselprocesses ertheilt worden sind, keine solche Abänderung des bisherigen Wechselverfahrens enthalten, welche auch eine Modification der in der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. VI. §. 1. über die Deposition bei der Widerklage enthaltenen Vorschriften nothwendig gemacht hätte, so kann die Anwendbarkeit der letzteren, auch dem Gesetze vom 7. Juni 1849 gegenüber, um so weniger bestritten werden, als der Gesetzgeber, wenn es in seiner Absicht gelegen hätte, eine auf speciellen Gesetzen beruhende Vorschrift aufzuheben, dies jedenfalls mit ausdrücklichen Worten gethan haben würde.

Der Annahme, daß das obenbemerkte Gesetz bei den Vorschriften der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. VI. §. 1. es habe bewenden lassen, steht aber auch die in §. 53. erklärte Aufhebung aller zeitherigen Bestimmungen über Schuldhaft und Wechselverfahren deshalb nicht entgegen, weil die in Frage stehende Deposition bemerkter Maaßen nur eine allgemeine Sicherheitsmaaßregel ist, welche weder mit der Schuldhaft, noch mit dem Verfahren nach Wechselrecht selbst in unmittelbarem Zusammenhange steht."

---

## 126.

Der Anspruch der außerehelichen Mutter auf Alimente für das außereheliche Kind wird dadurch, daß das mit Genehmigung der Mutter dem außerehelichen Vater zur eigenen Erziehung überlassene Kind, selbst ohne Einverständniß des Vaters, zur Mutter zurückkehrt, nicht, wohl aber dadurch ausgeschlossen, daß die Mutter die Alimentation nicht aus eignen Mitteln bestreitet. — Recht des natürlichen Vaters in ersterem Falle.

Mitgetheilt von

Herrn Act. S. in R.

Der Gutsbesitzer H. in G. war in Folge einer von der ledigen W. in K. wider ihn erhobenen Alimentationsklage zu einem jährlichen Unterhaltungsbeitrage von 18 Thalern —⁄— —⁄— rechtskräftig verurtheilt worden.

Als nun die Klägerin mittelst Hülfsgesuches vom 27. Januar 1846 die vom Beklagten seit dem 6. Juli 1845 bis zum 6. Februar 1846 im Rückstande gelassenen Alimente beanspruchte, auch das Proceßgericht Hülfsauflage erlassen hatte, widersprach Beklagter der Statthaftigkeit der letzteren unter dem Anführen:

„er habe in Folge der zu geringen Sorgfalt der, inmittelst mit R. verehelichten, Klägerin für das außereheliche Kind bereits zu Anfange des Jahres 1845 dasselbe laut beigefügten Bekenntnisses sub ⊙ mit Einwilligung der R.'schen Eheleute und unter Verzichtleistung derselben auf weitere Ansprüche zur eigenen Erziehung übernommen; es habe jedoch Ende Juni 1845 der Ehemann der Klägerin, ohne seine Zustimmung und dem abgeschlossenen Vergleiche zuwider, das Kind, obwohl dasselbe nach Inhalt eines beigefügten Schullehrerzeugnisses von ihm gehörig zur Schule angehalten und überhaupt gehörig unterhalten und erzogen worden, von ihm weggeholt und zeither ihm vorenthalten, weshalb die Klägerin fernere Alimentenbeiträge nicht beanspruchen dürfe, während er sich vorbehalte, darauf anzutragen, daß das Kind den R.'schen Eheleuten, deren Persönlichkeit Vertrauen zu erwecken nicht geeignet sei, wiederum entnommen und ihm zur Unterhaltung zurückgegeben werde,"

und beantragte zugleich, das Proceßgericht möge sich wegen Wiederausantwortung des Kindes an ihn mit der zuständigen obervormundschaftlichen Behörde in's Einvernehmen setzen.

Das Proceßgericht erachtete diese Einwendungen für zulässig, beraumte zu deren Erörterung Verhörstermin an und forderte die Klägerin auf, sich über die Aechtheit der Urkunde ⊙ sub poena recogniti zu erklären.

Im Verfolge der Verhörsterminsverhandlungen, wobei Klägerin die producirte Urkunde recognoscirte, ertheilte das Proceßgericht folgenden, am 18. Mai 1846 publicirten Bescheid:

„Wennschon nach Inhalt des Bl. — von Beklagtem producirten, Bl. — anerkannten Documentes ⊙ soviel feststeht, daß dem Beklagten das von der Klägerin mit demselben außer der Ehe erzeugte Kind am 8. März 1845 zur eigenen Erziehung überlassen und dabei von der letzteren auf fernere Alimente Verzicht geleistet worden, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß durch die nach Beklagtens eigenem Anführen Bl. — Ende Juni vor. Jahres erfolgte Rückkehr des Kindes zu seiner Mutter, der Klägerin, dieses zwischen beiden Theilen getroffene Uebereinkommen sich wieder aufgelöst hat und Seiten Beklagtens die frühere Verbindlichkeit zu Zahlung der durch rechtskräftiges Erkenntniß bestimmten Alimentengelder von gedachtem Zeitpunkte an wieder erwacht ist, da selbst

in dem Falle, wenn, wie Beklagter Bl. — behauptet, das Kind ohne seine Zustimmung und gegen seinen Willen von der Klägerin aus seiner Erziehung weggenommen worden, ihm nur das Recht zusteht, auf Grund des abgeschlossenen Uebereinkommens das Kind von der Klägerin auf gerichtlichem Wege wieder zurückzufordern und mithin, solange er von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, seine Verbindlichkeit zu Gewährung von Alimenten fortdauert.

Es sind daher die vom Beklagten gegen das eingeleitete Executionsverfahren Bl. — erhobenen Einwendungen nicht zu beachten, vielmehr ist das Hülfsverfahren auf der Klägerin weiteren Antrag gebührend fortzustellen, Beklagter auch die verursachten Kosten zu bezahlen schuldig.

Was dagegen den Bl. — vom Beklagten gleichzeitig gestellten Antrag auf Wegnahme des erwähnten Kindes aus der Erziehung der Mutter anlangt, so ist die Beschlußfassung und Entscheidung hierüber der zuständigen obervormundschaftlichen Behörde des Kindes anheimzugeben, dafern Beklagter es nicht vorziehen sollte, in der bereits oben angedeuteten Maaße auf dem Rechtswege diesfalls zum Ziele zu gelangen."

Beklagter appellirte zwar gegen diesen Bescheid mit Bezugnahme namentlich darauf, daß ein zweiseitiger Vertrag einseitig nicht aufgehoben werden könne, das Königl. Appellationsgericht zu Leipzig entschied jedoch unter dem 17. Juli 1846 dahin:

„Daß der Bl. — ersichtliche Gerichtsbescheid aus den darin enthaltenen Gründen, welchen lediglich beizupflichten gewesen und welche durch das vom Beklagten Bl. — dagegen Eingewendete für widerlegt keineswegs zu achten, der eingewendeten Appellation ungeachtet zu bestätigen, Beklagter auch die durch das gebrauchte Rechtsmittel erwachsenen Kosten abzustatten schuldig."

Als dagegen im Jahre 1853 dieselbe Klägerin unter dem Anführen, daß Beklagter das außereheliche Kind vor einigen Jahren zwar zur eigenen Erziehung an sich genommen, jedoch solches so schlecht behandelt habe, daß sie am 6. October 1852 dasselbe wiederum an sich zu nehmen sich veranlaßt gesehen, um Hülfsauflage wegen der seit dem 6. October 1852 fällig gewordenen Alimente bat, auch das Proceßgericht die Einwendung Beklagtens:

„das fragliche Kind habe seit dem 6. October bis zum letzten December 1852 bei dem Gutsbesitzer B. in R. in Dienst gestanden und von demselben neben freier Kost und Station, sowie Unterricht noch Lohn erhalten und seiner Mutter nicht den geringsten Erziehungsaufwand verursacht,"

im Verfolge des anberaumten Verhörstermins, des Zugeständnisses der Klägerin ungeachtet, mit Bezugnahme auf

den Aufsatz in der Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw., n. F. Bd. I. S. 516.

mittelst Bescheides vom 15. März 1853 verwarf und auf Fortstellung des Executionsverfahrens wegen des gesammten geforderten Alimentenbetrages erkannte, so erging auf Beklagtens Appellation folgende, am 5. Juli 1853 eröffnete Entscheidung des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig:

„Dieweil für die Entscheidung über das Rechtsmittel des Beklagten folgende Erwägungen als maaßgebend zu betrachten gewesen:

1) daß ꝛc.

2) daß dagegen die Bl. — vorgeschützte und durch das Bl. — documentirte Zugeständniß der Klägerin ausreichend bescheinigte Ausflucht, insoweit sich dieselbe auf die für die Zeit vom 6. October bis ult. December 1852 geforderten Alimente bezieht, rechtlich relevant, da die rechtskräftige condemnatoria Bl. — auf der Voraussetzung beruht, daß die Klägerin den Aufwand für den Unterhalt und die Erziehung ihres mit Beklagtem außer der Ehe erzeugten Kindes bis zu dessen erfülltem 14ten Lebensjahre aus ihren Mitteln bestreiten werde, der Wegfall dieser Voraussetzung für die Dauer des vorerwähnten Zeitraumes durch das obgedachte Zugeständniß der Klägerin zur Genüge nachgewiesen worden ist, und das von der vorigen Instanz Bl. — unter Bezugnahme auf den Aufsatz in der Zeitschr. f. R. u. V., n. F. I. S. 516. hervorgehobene Argument im gegenwärtigen Falle, wo die Verurtheilung des Schwängerers nicht dem Vormunde des Kindes, sondern dessen Mutter gegenüber ausgesprochen worden ist, keine Anwendung leidet,

3) ꝛc. endlich

4) ꝛc.

so ist es bei dem Bl. — zu lesenden Bescheide auf die eingewendete Berufung nicht zu lassen, sondern es ist die Bl. — an Beklagten erlassene Hülfsauflage nur rücksichtlich der auf die Zeit vom 1. Januar 1853 ab gefällig gewordenen Alimente für rechtsbeständig zu achten. ꝛc."

Die Kosten der Differenz und des Rechtsmittels wurden compensirt. Klägerin beruhigte sich bei dieser Entscheidung.

## 127.

**Steht die Bestimmung einer Zeit, von welcher es ungewiß ist, ob sie eintreten wird, ohne Ausnahme der Suspensivbedingung gleich?**

Mitgetheilt von

Herrn —e in L.

Der Besitzer eines Bauerngutes, A., hatte sich verbindlich gemacht, seinen Eltern gewisse Auszugsgebührnisse und nächstdem seinen Brüdern B. und C. einem Jeden bei der Verheirathung zwanzig Thaler —ˢ —ˢ und eine Kuh, sowie ferner bei der Ansässigmachung eintausend Thaler —ˢ —ˢ zu gewähren, und waren diese Summen auf dem Bauerngute des A. hypothekarisch versichert worden. Nach dem Ableben des Vaters der Gebrüder A. B. und C. kam über gewisse andere Punkte unter den Erben desselben eine Vereinigung zu Stande, und es wurde dabei zugleich von letzteren erklärt, daß die vorerwähnten Verpflichtungen von A. in Folge eines Vergleiches mit dessen Vater übernommen worden seien, und daß der Vater bei diesem Vergleiche die Absicht gehabt habe, sein Vermögen unter seine Erben zu vertheilen.

Später kam B. in Untersuchung, welche, da er im Laufe des Verfahrens starb, in Bezug auf ihn nur den Ausgang hatte, daß die Einbringung der Untersuchungskosten aus seinem Nachlasse im Urthel verfügt wurde. Zu Sicherstellung dieser Kosten hatte das Gericht die vorerwähnte Forderung des B. bei A. an 1000 Thalern inhibirt, und ertheilte nach dem Ableben des B. an dessen Mutter und einzige Erbin, D., Auflage zu Berichtigung des festgestellten Betrages. Die D. bestritt selbst, daß die Forderung der 1000 Thaler —ˢ —ˢ noch bestehe, da dem Rechtsgeschäfte eine Suspensivbedingung beigefügt gewesen, von welcher es gewiß sei, daß sie niemals eintreten könne. B. war nämlich verstorben, ohne sich verheirathet, oder ansässig gemacht zu haben. Gleichzeitig beantragte A. unter Zustimmung der D. Löschung der Hypothek wegen der 1000 Thaler —ˢ —ˢ, und erhob, als das Gericht diesem Antrage in Rücksicht auf den inhibirten Betrag nicht fügte, wider die D., als Erbin des B., Klage unter dem Gesuche, daß Letztere verurtheilt werde, in Cassation der wegen jener 1000 Thaler —ˢ —ˢ und der übrigen Forderungen bestehenden Hypothek zu willigen.

Das Spruchcollegium wies im Februar 1853 die Klage in der angebrachten Maaße ab, aus folgenden Gründen:

„Weil Kläger die gegen seine Mutter erhobene Klage auf das Anführen gestützt:

a) er habe mittelst der Erklärung vom 21. Decbr. 1848 nach Uebernahme des väterlichen Gutes sich unter Anderem verbindlich gemacht, jedem seiner Brüder B. und C. bei der Verheirathung 20 Thaler —ˢ —ˢ ꝛc. und bei der Ansässigmachung eine Summe von 1000 Thalern —ˢ —ˢ nach halbjähriger Kündigung auszuzahlen, inzwischen aber mit drei Procent zu verzinsen, diese Erklärung sei auch nach des Vaters Tode am 13. September 1850 bei einer Erbverhandlung wiederholt, hierbei aber dieselbe nur insoweit modificirt worden, daß er, was die bei Ansässigmachung der Brüder zu zahlenden je 1000 Thaler —ˢ —ˢ angeht, in keinem Falle mehr als in einem und demselben Jahre 333 Thaler 10 Ngr. —ˢ zu bezahlen habe;

b) auf Grund dieser Erklärungen seien auch die Ansprüche seiner Brüder auf je 1000 Thaler —ˢ —ˢ bei der Ansässigmachung und resp. 20 Thaler —ˢ —ˢ ꝛc. bei der Verheirathung auf das Folium seines Grundstückes eingetragen worden;

c) sein Bruder B. habe sich im Jahre 1851 entleibt, ehe er noch geheirathet, oder sich ansässig gemacht; mithin sei die Suspensivbedingung, unter welcher er die fraglichen Summen an ihn zu zahlen verbunden, nicht eingetreten, vielmehr gewiß, daß sie nie eintreten könne, und er der gegen den Bruder übernommenen Verbindlichkeiten ohne Weiteres quitt und ledig;

woraus er die Folgerung zieht, daß die einzige Intestaterbin des Verstorbenen, die im Uebrigen dessen Nachlaß angetreten, verpflichtet sei, in Cassation der jener Forderung halber bestellten Hypothek zu willigen;

und nun zwar Beklagte, welche Bl. — den factischen Inhalt der Klage zugestanden, wenn sie sonst die Folgerungen, welche Kläger aus den vorliegenden Thatsachen zieht, als richtig hätte zugestehen wollen, durch die Inhibition, mit welcher das Gericht zu — wegen einer Kostenforderung von — diese Post belegt, sich nicht für behindert erachten können, da es ganz auf sie angekommen, ob sie als Erbin ihres Sohnes Ansprüche auf dieses Activum machen wolle, oder nicht, und letzteren Falles das Gericht es nur mit dem Schuldner allein zu thun haben würde;

dennoch die zwischen den Parteien noch streitige Frage: ob die Verpflichtung Klägers, die seinem verstorbenen Bruder ausgesetzten Geldsummen an

deſſen Erbin zu entrichten, durch deſſen Tod ohne Weiteres erloſchen ſei? wenigſtens nach dem, was hierüber bis jetzt in den Acten vorliegt, nicht zu Gunſten Klägers beantwortet werden kann, indem, wenn auch nach Römiſchem Rechte in der Regel nicht allein bei Verträgen, ſondern auch bei letztwilligen Verfügungen die beigefügte ungewiſſe Zeitbeſtimmung in ihren Wirkungen der Suspenſivbedingung gleichgeſtellt iſt;

(l. 45. §. 3. D. [45, 1.]
l. 38. §. 16. D. ibid. vgl. mit
l. 70. D. [46, 3.]
l. 75. D. [35, 1.]
l. 21. pr. D. [36, 2.]
l. 22. Dig. ibid.)

ſolches doch nicht ohne Einſchränkung geſchieht, indem in anderen Stellen die ganze Frage mehr als quaestio facti behandelt, und namentlich dann, wenn aus den Umſtänden hervorgeht, es haben die Contrahenten ein ungewiſſes Ereigniß als gewiß angeſehen, letzteres aber unerwartet nicht zur Exiſtenz kommt, der Augenblick der darüber erlangten Gewißheit als dies

(Schweppe, Römiſches Privatrecht, §. 120. Ausg. II.
Weiske's Rechtslexikon, s. v. dies, S. 434.)

und die Ausſetzung einer Leiſtung für den Fall der Verheirathung als bloße Zeitbeſtimmung, nicht aber als Bedingung angeſehen wird;

Curtius, Handbuch, §. 1277. not. d.

nun aber im vorliegenden Falle nach mehrerem Inhalte der der gegenwärtigen Klage beigefügten Urkunde vom 13. September 1850 der Vertrag offenbar auf der Abſicht des Erblaſſers der Contrahenten und beziehentlich der Kinder deſſelben beruht, dies väterliche Vermögen unter dieſelben ſchon bei Lebzeiten zu vertheilen, und in Ermangelung aller und jeder Andeutungen darüber, was die Contrahenten feſtgeſetzt haben würden, wenn ſie damals vermuthet hätten, daß der nun verſtorbene B. den Zeitpunkt, wo er ſein Vermögen vom Bruder fordern könne, nicht erleben werde, nicht ſo ohne Weiteres angenommen werden kann, daß Klägers Verbindlichkeit ganz und gar für erloſchen habe erachtet, und er dadurch vor ſeinen Geſchwiſtern und der Mutter habe in auffälliger Weiſe begünſtigt werden ſollen, vielmehr die Klage inſoweit ein ſchlüſſiges Anführen vermiſſen läßt, ꝛc."

Das Appellationsgericht zu Budiſſin confirmirte das erſtinſtanzliche Urthel im September 1853 aus folgenden Gründen:

„Da aus dem vom Kläger ſelbſt beigebrachten, der Klage unter — beigefügten Protokolle vom 13. September 1850 hervorgehe, daß der verſtorbene F. (der Vater der Contrahenten) die Abſicht gehabt habe, ſein Vermögen bei Lebzeiten unter ſeine dereinſtigen Erben zu vertheilen, und gewiſſe Grundſtücke ſeinem Sohne A., gegenwärtigem Kläger, käuflich zu überlaſſen, auch bereits am 23. December 1848 eine Kaufpunctation eingereicht und am 27. December 1848 mit ſeinem genannten Sohne einen Vertrag abgeſchloſſen, wodurch Letzterer ſich verbindlich gemacht, ſeinen beiden Brüdern gewiſſe Summen bei deren Verheirathung und beziehentlich Anſäſſigmachung zu gewähren, und bis dahin zu verzinſen, hiernach aber anzunehmen iſt, daß jene Summen die Stelle der Kauf- und Erbegelder vertreten, und daß die Beſtimmung der Zahlbarkeit derſelben bei der Verheirathung und Anſäſſigmachung nicht eine Bedingung, bei deren Nichteintritte die ganze Verbindlichkeit wegfalle, ſondern lediglich eine Zeitbeſtimmung enthalten ſollen, demnach jedenfalls dem Kläger obgelegen hätte, die Behauptung, daß darin eine Suspenſivbedingung enthalten ſei, durch Anführung geeigneter Thatſachen beſſer, *als geſchehen*, zu begründen, ſo ꝛc."

Das Oberappellationsgericht endlich ließ einen Zweifel gegen die formelle Statthaftigkeit der zweiten Berufung auf ſich beruhen, weil ihm ein Bedenken gegen die Beſtätigung des vorhin Erkannten nicht beigehe, vielmehr den Gründen der vorigen Inſtanz ganz beizupflichten ſei. Die vom Kläger angeregte Frage aber, an welchem Kalendertage die Fälligkeit der betreffenden Leiſtungen eingetreten ſein würde, ließ daſſelbe unter dem Bemerken unerörtert, daß es ſich jetzt nicht darum, wann er Zahlung zu leiſten habe, ſondern darum handle, ob er zahlungspflichtig ſei und ob er mit Grund die Caſſation der wegen der betreffenden Leiſtungen beſtellten Hypothek habe beanſpruchen können.

## Miscellen.

**Todesfälle.** Geſtorben: am 9. October 1854 der K. S. Appellationsgerichtspräſident a. D. Carl Auguſt von Zeſchwitz, Ritter d. C.-V.-O., in Herrnhut.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 61 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 61.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

## 128.

### Zu Erläuterung des Gesetzes, die Einführung des neuen Grundbesteuerungssystems betreffend, vom 9. September 1843. §. 7.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

Die Besitzerin des Ritterguts J. suchte eine gegen 67 begüterte Einwohner der zu diesem Gute gehörigen Ortschaften im Jahre 1847 angestellte Klage durch das Anführen zu begründen, sie habe als beliehene Besitzerin dieses Gutes das Recht, von den in rubro der Klage aufgeführten Unterthanen als Besitzern der in derselben näher bezeichneten Grundstücke die eines jeden Namen beigefügte Geldsumme als eine in den Lehnbriefen unter dem Namen „Beitrag zum Ritterpferde" vorkommende Abgabe zu verlangen, und sie seien schuldig, ihr diese Summe Geldes alljährlich zu entrichten, indem Beklagte und resp. deren Vorfahren als Besitzer der bei eines jeden Namen genannten Grundstücke die bei eines jeden Namen genannten Geldbeträge seit mehr als 30 Jahren und überhaupt rechtsverjährte Zeit hindurch, und namentlich in den Jahren 1800 bis mit 1842, in das Rittergut J. alljährlich unweigerlich entrichtet hätten. Diese Abgabe der Beklagten in das Rittergut sei aber dadurch entstanden, daß die resp. Vorfahren der Beklagten die Grundstücke, auf denen diese Abgabe hafte, vor dem Jahre 1800 und in der Zeit zwischen dem Jahre 1600 bis 1750 und 1800 von den frühern Rittergutsbesitzern zu J. und von Ritterguts Grund und Boden er- und abgekauft, und dabei als Theil des Kaufpreises diesen sogenannten Beitrag zum Ritterpferde als jährliche Abgabe mit übernommen und ins Rittergut alljährlich zu bezahlen versprochen. Es seien auch diese zwischen der Gutsherrschaft und mehrern Unterthanen daselbst über Ritterguts Grund und Boden abgeschlossenen Verträge der Regierung eingereicht und besage eines sub A. beiliegenden Rescriptes nachträglich und summarisch genehmigt worden.

Ueber diese Klage, welcher ein entsprechendes Sachgesuch auf Zahlung der geklagten Beträge beigefügt war, hatte Klägerin den Eid angetragen. Beklagte bestritten, obwohl sie einräumen mußten, die bei eines jeden Namen genannten Beträge rechtsverjährte Zeit hindurch an das Rittergut entrichtet zu haben, deren Statthaftigkeit unter Bezugnahme auf das Gesetz vom 9. September 1843. §. 6. und 7. Das Erkenntniß erster Instanz sprach eine bedingte condemnatoria aus, während die Klage vom Königl. Appellationsgerichte zu Zwickau und vom Königl. Oberappellationsgerichte zu Dresden in der angebrachten Maaße abgewiesen wurde.

Es lauten diese Erkenntnisse also:

I. Urthel des Spruchcollegiums zu Leipzig, d. d. publ. 5. Juni 1848.

„Weil Beklagte, daß sie, als Besitzer der bei eines jeden Namen genannten Grundstücke, die gleichfalls dabei bemerkten Geldbeträge über rechtsverjährte Zeit hindurch, und namentlich in den Jahren 1800, 1801, 1802, 1803, 1804 und folgenden Jahren bis mit 1842 in das Rittergut J. und an Klägerin alljährlich unweigerlich entrichtet, in ihrer Klagbeantwortung ausdrücklich eingeräumt; ihre Behauptung hingegen, daß diese in den Lehnscheinen und selbst im Klaglibell als „Beitrag zum Ritterpferd" bezeichnete Abgabe durch das Gesetz, die Einführung des neuen Grundsteuersystems betreffend,

vom 9. September 1843. §. 7. in Wegfall gekommen, in eben dieſem Geſetze keine Unterſtützung findet, indem nicht der von Leiſtungen ſteuerbarer Grundſtücke handelnde erſte Abſchnitt, ſondern der zweite Abſchnitt des Geſetzes gegenwärtig zur Anwendung kommt, wo es wörtlich heißt:

„Dagegen ſind diejenigen Abentrichtungen, welche bei Abtrennung von ſteuerfreien Gütern auf die Trennſtücke gelegt worden ſind, unter der Vorausſetzung, daß die in dem Landtagsabſchiede vom 30. October 1834 unter 20. §. 4. gedachten Abgaben dem Hauptgute bei Ausmittelung der Entſchädigung für Aufhebung der Steuerbefreiung ungekürzt, d. h. mit Einſchluß der vom Trennſtücksbeſitzer zeither in das Hauptgut gezahlten Abgabenbeitrags, in Zurechnung gebracht worden ſind, und inſofern nicht vertragsmäßige Beſtimmungen oder rechtskräftige Entſcheidungen entgegenſtehen, an das Hauptgut fort zu entrichten",

auch überdem ſelbſt der erſte Abſchnitt des Geſetzes, welcher von Leiſtungen ſteuerbarer Grundſtücke handelt, keinen Grund der künftigen Immunität der Beklagten enthalten würde, da aus mehrern, von ihnen beigebrachten Lehnſcheinen nicht unbeutlich hervorgeht, daß die ſtreitigen Abgaben nicht dazu beſtimmt geweſen, um zur Staatscaſſe entrichtet zu werden, vielmehr in denen Jahren, wo Ritterpferdsgelder nicht geleiſtet würden, an Klägerin entrichtet werden ſollen: So ſind Beklagte, dafern Klägerin, daß in Gemäßheit des Landtagsabſchiedes vom 30. October 1834 unter 20. §. 4. die Ritterpferdsabgabe vom Rittergute J. demſelben bei Ausmittelung der Entſchädigung für Aufhebung der Steuerbefreiung ungekürzt, und alſo mit Einſchluß der von den Trennſtücksbeſitzern ſeither in das Hauptgut gezahlten Abgabenbeitrags in Zurechnung gebracht worden, annoch glaubhaft beibringt, die bei eines jeden Namen in der Klage angezeigten Beiträge fernerweit jährlich, ſowohl die ſeit dem Jahre 1843 in Rückſtand gelaſſenen Beiträge ſofort an Klägerin, als Beſitzerin des Ritterguts J., zu entrichten ſchuldig; es werden aber die dieſer Differenz halber erwachſenen Koſten compenſirt."

II. Urthel des Appellationsgerichts Zwickau, d. d. 16. November 1848.

„Daß es bei dem Bl. — befindlichen, am 5. Juni 1848 publicirten Urthel nicht zu laſſen, ſondern es hat der Klägerin Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt und iſt ſie die Proceßkoſten den Beklagten zu erſtatten ſchuldig. Die durch das eingewendete Rechtsmittel erwachſenen Koſten ſind aber unter den Parteien aufzuheben.

Entſcheidungsgründe.

Es handelt ſich hier darum, ob, nachdem durch das Geſetz vom 9. September 1843 das bis dahin beſtandene alte Grundſteuerſyſtem gänzlich aufgehoben und ein neues eingeführt worden, ſich ein Grundſtücksbeſitzer auf eine vorher eingetretene Acquiſitivverjährung zu ſtützen vermag, eine Abgabe von dem Grundſtücke eines Andern fernerhin noch fordern zu können, weil er ſie rechtsverwährte Zeit hindurch von dem Beſitzer des letzteren unter dem Namen einer Staatsabgabe erhoben habe. Allein daß ſeit dem gedachten Geſetze ſich Niemand auf den Titel der Verjährung berufen kann, geht aus der Tendenz dieſes Geſetzes von ſelbſt hervor und es läßt im 7. §. in dem darin angeführten Falle, welcher mit dem hier vorliegenden in gleicher Kategorie ſteht, blos vertragsmäßige Beſtimmungen obwalten. Die Verjährung alſo, auf welche die Klägerin ſich hier ſtützen will, bleibt ohne allen Einfluß. Sie hat ſich jedoch darauf gegründet, daß der Beklagten Vorbeſitzer die Grundſtücke, auf denen die geklagte Abgabe hafte, von den früheren Rittergutsbeſitzern J.'s und von Ritterguts Grund und Boden erkauft, hierbei aber als Theil des Kaufpreiſes dieſen Beitrag zum Ritterpferd als jährliche Abgabe mit übernommen und ins Rittergut alljährlich zu bezahlen verſprochen. Dies haben jedoch die Beklagten in der Einlaſſung Bl. — in Abrede geſtellt. Nun iſt zwar von der Klägerin der Eid über die Klage angetragen und derſelbe zurückgegeben worden. Das Anführen dieſes Klaggrundes erſcheint aber für die Gewiſſensrührung viel zu allgemein, und in einem ſolchen Fall iſt der Kläger nach dem Gerichtsbrauche mit ſeinem Suchen in der angebrachten Maaße abzuweiſen. Außerdem hätte die Klägerin darauf ſich fundiren ſollen, daß die in dem Landtagsabſchiede vom 30. October 1834 unter no. 20. §. 4. gedachten Abgaben dem Hauptgute bei Ausmittelung der Entſchädigung für Aufhebung der Steuerbefreiung ungekürzt und alſo mit Einſchluß des vom Trennſtücksbeſitzer zeither in das Hauptgut gezahlten Abgabenbeitrags in Zurechnung gebracht worden und an das Hauptgut fort zu entrichten ſeien. Das Inſtanzurthel hat zwar dieſem Mangel der Klage dadurch abhelfen zu können geglaubt, daß es der Klägerin nachgelaſſen hat, ſolches annoch glaubhaft beizubringen. Allein dies läuft den beſtehenden Proceßgeſetzen entgegen, da der Proceßrichter etwas Factiſches nicht ergänzen ſoll. Aus dieſem Allen folgt von ſelbſt, daß die Klägerin auch in die Erſtattung der Proceßkoſten zu verurtheilen und die Appellationskoſten wegen der eingetretenen reformatoria zu compenſiren geweſen."

III. Urthel dritter Instanz, d. d. 16. Juni 1849.

„Daß nurangezogenes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, die durch das gebrauchte Rechtsmittel erwachsenen Unkosten aber gegeneinander aufzuheben.

Entscheidungsgründe.

Klägerin hat den erhobenen Anspruch, von Beklagten die in den Lehnbriefen unter dem Namen „Beitrag zum Ritterpferde" vorkommende Abgabe zu verlangen, nach Inhalt der Klage fol. — theils

1.

darauf gestützt, daß die Vorfahren der Beklagten die Grundstücke, auf denen die Praestanda hafteten, in der Zeit zwischen den Jahren 1600—1750 und 1800 von den frühern Rittergutsbesitzern zu J. und von Ritterguts Grund und Boden erkauft, und dabei als Theile des Kaufpreises diese jährliche Abgabe mit übernommen und ins Rittergut alljährlich zu zahlen versprochen hätten, diese Kaufverträge auch auf Anzeige von der Regierung nachträglich und summarisch genehmigt worden seien, theils aber zugleich

2.

sich auf Verjährung bezogen, indem Beklagte und resp. deren Vorfahren als Besitzer der bei eines jeden Namen genannten Grundstücke die bei eines jeden Namen bezeichneten Beiträge namentlich in den J. 1800—1842 in das Rittergut J. alljährlich unweigerlich entrichtet hätten.

In Hinsicht auf den

ad 1.

bemerkten Klaggrund fragt es sich nun vor allen Dingen, ob die obgedachte Abgabe durch das Gesetz, die Einführung des neuen Grundsteuersystems betr., vom 9. September 1843. §. 7. in Wegfall gekommen sei, wie von Beklagten fol. — excipirt worden ist. Das nurangezogene Gesetz hebt in §. 6. die bisherigen Steuern auf, und stellt sodann in §. 7. theils Ausnahmen davon, theils specielle, als Folgen davon zu betrachtende Bestimmungen auf, zugleich mit Rücksicht auf gewisse, zwischen Privatpersonen, namentlich zwischen Gerichtsherrschaften und Gerichtsunterthanen hie und da bestehende, sehr verschiedenartige Verhältnisse.

Der dritte Satz in jenem §. 7. von dem Worte: „dagegen sind diejenigen" bis zu dem Worte: „fortzuentrichten", bezieht sich insbesondere auf das Verhältniß derjenigen Besitzer von Rittergutsparcellen, welche bei deren Erwerbung einen an das Rittergut zu leistenden Beitrag zum Donativ desselben übernommen haben. Dieser soll, schon der Natur der Sache nach, dann in Wegfall gelangen, wenn er dem Acquirenten selbst bei der Ausmittelung der Entschädigung für die Steuerfreiheit seiner Parcelle in Gegenrechnung gebracht, und deshalb um so viel weniger Entschädigung gereicht worden, bei Ausmittelung der dem Rittergutsbesitzer zukommenden Entschädigung aber blos dessen, nach Abzug des Beitrags von dem Avulsenbesitzer, verbleibender Quotenbeitrag in Abzug gekommen ist. Dagegen soll der Avulsenbesitzer zur Fortentrichtung jener Abgabe in dem Falle auch ferner verbindlich sein, wenn ihm ohne deren Zurechnung die Steuerentschädigung vollständig gewährt, dafür aber sein Beitrag bei der Entschädigung des Rittergutsbesitzers mit abgezogen wurde. Dieses geben die Landtagsmittheilungen der I. Kammer, Bd. 3. S. 1555 flg., sowie die obige Bestimmung des Gesetzes deutlich an die Hand. Wenn daher auch nicht anzunehmen ist, daß durch die in §. 6. enthaltene, nur die auf dem öffentlichen Rechte beruhende Verpflichtung betreffende Vorschrift rein privatrechtliche Leistungen unbedingt haben in Frage gestellt und solche Realabgaben, welche auf Privatrechtstiteln beruhen und nicht dazu dienten, in der Eigenschaft von Staatsabgaben an die Staatscasse zu gelangen, ganz wegfallen sollen, vielmehr bei dem angezogenen 3ten Satze offenbar die vollständig erfolgte Compensation der auf dem Hauptgute haftenden Donativbeiträge auf die dem Hauptgutsbesitzer wegen der nunmehr eintretenden Besteuerung nach dem Gesetze vom 8. November 1838 zu gewährende Entschädigung als das präsumtive Kriterium dafür angesehen worden, daß die von den Trennstücken in das Hauptgut zu entrichtenden Leistungen solche seien, welche nicht zur, obwohl nur mittelbaren, Entrichtung an eine öffentliche Casse bestimmt gewesen, sondern in die Privatcasse des Hauptbesitzers geflossen, und daher den Charakter privatrechtlicher Prästationen hätten, so hat doch das obige Anführen in der Klage sub 1. zu deren Begründung auf keine Weise für ausreichend erachtet werden können. Denn nicht nur, daß es nach der Allgemeinheit desselben schon an sich nicht völlig außer Zweifel gesetzt ist, ob die streitigen Abgaben die Bestimmung gehabt haben, in der Eigenschaft bisheriger Staatsabgaben vom Grundeigenthume (wohin auch die Donativ- oder Ritterpferdsgelder gerechnet wurden) an die Staatscasse zu gelangen, indem die bloße Bezahlung an das Rittergut J. hierbei den Ausschlag zu geben nicht geeignet ist, und das Vorbringen hinsichtlich der vertragsmäßigen Uebernahme der Praestandorum in Bezug auf die sämmtlichen, in verschiedenen Orten wohnhaften Beklagten für den gebrauchten Eidesantrag viel zu generell und unbestimmt erscheint, so ist auch

der in dem obigen Gesetzabschnitte geschehenen Voraussetzung, daß in Gemäßheit des Landtagsabschiedes vom 30. October 1834 unter 20. §. 4. die Ritterpferdsabgabe vom Rittergute J. demselben bei Ausmittelung der Entschädigung für Aufhebung der Steuerbefreiung ungekürzt und also mit Einschluß des von den Trennstücksbesitzern zeither in das Hauptgut abgezahlten Abgabenbeitrags in Zurechnung gebracht worden, in der Klage gar nicht berührt, eine Voraussetzung, unter welcher gleichwohl §. 7. jenes Gesetzes die privatrechtliche Qualität der fraglichen Abentrichtung in das Hauptgut angenommen, und in dessen Folge die Fortentrichtung angenommen hat. Daß dieser Mangel nicht durch die der Klägerin im Urthel erster Instanz fol. — annoch nachgelassene Beibringung ergänzt werden kann, ist bereits im vorigen Erkenntnisse fol. — nachgewiesen, und es hat daher dasselbe um so mehr Bestätigung finden müssen, als auch auf den neuerdings fol. — von der Klägerin bezogenen Umstand gegenwärtig keine Rücksicht genommen werden kann, vielmehr es derselben überlassen bleiben muß, solche nach Befinden in einer neuen Klage weiter an- und auszuführen. Bei dieser Lage der Sache stellt sich übrigens der Klaggrund

ad 2.

von selbst als unerheblich dar. Denn bei der nach Inhalt der Klage zweifelhaft bleibenden Eigenschaft jener Abgabe, ob sie den Charakter von öffentlichen Leistungen gehabt oder nicht, würde der Natur der Sache nach von der Begründung einer Verbindlichkeit Seiten der Beklagten der Klägerin gegenüber durch Verjährung nicht die Rede sein können, während im Uebrigen selbst bei der festgestellten Verpflichtung der Beklagten zu einem Abgabenbeitrage gedachter Art immer die im Gesetze vorgeschriebenen Erfordernisse vorhanden sein müßten, unter denen nur deren Fortentrichtung ausdrücklich festgesetzt worden ist.

Durch die Unschlüssigkeit der Klage rechtfertigt sich die Verurtheilung der Klägerin in Erstattung der Proceßkosten, die Aufhebung der Kosten des Remedii aber durch den eingetretenen Wechsel der Entscheidungen."

---

## 129.

1. Inwieweit kann in Bagatellsachen ein Sachwalter, wenn er mehrere Beklagte aus einem und demselben Rechtsgrunde in Anspruch nimmt, und die Sache gegen Alle in einem und demselben Termine verhandelt, resp. entschieden oder verglichen wird, den in §. 40. sub b. des Gesetzes, das Verfahren in ganz geringfügigen Rechtssachen betr., vom 16. Mai 1839 geordneten Gebührensatz von —= 16 gGr. —= hinsichtlich jedes einzelnen Beklagten liquidiren? — 2. Ist, wenn ein Beklagter in einer Bagatellsache sich zu Erstattung der außergerichtlichen Kosten im Verhandlungstermine ausdrücklich verbindlich macht, derselbe auch zu Erstattung der durch die Execution erwachsenden außergerichtlichen Kosten verbunden?

Mitgetheilt von
Herrn F. H. in P.

Der Adv. R. in M. hatte im Auftrage der Hagelschäden-Versicherungs-Gesellschaft zu E. als Klägerin 64 verschiedene, dem Jurisdictionsbezirke des Königl. Gerichts zu P. untergebene Grundstücksbesitzer, welche bei der genannten Gesellschaft versichert hatten, auf Bezahlung von Nachschußbeiträgen, deren keiner die Summe von 20 Thlrn. —= —= überstieg, in sechs verschiedenen Klaganbringen schriftlich verklagt. Nach Eingang des ersten Klaganbringens wurden die darin in Anspruch genommenen 17 Beklagten zu einem und demselben Verhandlungstermine mit Adv. R. bestellt. In diesem Termine, bis zu welchem auch die fünf übrigen Klaganbringen bei Gericht präsentirt worden waren, erschienen der Klägerin gegenüber Drei aus der Mitte der Beklagten mit gehöriger Vollmacht, die übrigen Beklagten, und zwar auch die noch nicht bestellt gewesenen, zu vertreten, und es einigten sich die Parteien im Verhandlungstermine dahin, daß

1) die Beklagten unbeschadet der Frage, ob sie hierzu verbindlich seien oder nicht, lediglich, um sich für jetzt weitere Kosten zu ersparen, und weil sie ihre Gegenansprüche sofort zu bescheinigen nicht vermochten, die geforderten Nachschußbeiträge bis längstens den 5. Mai 1854 bei Vermeidung der Hülfe bezahlen, auch alle erwachsenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, zu welchen letzteren sie bereits nach dem ausdrücklichen Wortlaute ihrer Versicherungsreverse pflichtig waren, ab- und er-

ſtatten wollten, ſich aber für die Ausführung ihrer Gegenanſprüche den Rechtsweg ausdrücklich offen hielten,

2) die in dem erſten Verhandlungstermine von den drei Beauftragten der Beklagten abgegebenen Erklärungen auch für ſämmtliche, noch nicht beſtellte Beklagte Geltung haben ſollten.

Am 30. Mai 1854 beantragten die Beklagten unter der Behauptung, am 5. Mai 1854 Adv. R. den Betrag der geſammten geforderten Nachſchußbeiträge offerirt, auch zu Berichtigung der außergerichtlichen Koſten ſich erboten zu haben, gerichtliche Feſtſtellung der nach ihrer Anſicht zu hohen Liquidation des klägeriſchen Sachwalters, und ward in Folge deſſen dem Letzteren aufgegeben, bei Vermeidung von 5 Thlrn. —ˢ —ˢ Strafe ſeine Privatacten binnen acht Tagen bei Gericht einzureichen. Adv. R. überreichte hierauf unter Beifügung ſeiner Privatacten 64 verſchiedene Executionsanträge, deren jedem einzelnen er —ˢ 20 Ngr. —ˢ für ſeine Bemühungen bis zum Verhandlungstermine und außerdem nach §. 40. h. des oben angezogenen Geſetzes ſeine Gebühren und Verläge für die Executionsanträge und antheiliges Fortkommen ꝛc. beiliquidirt hatte, und wurden die Parteien ſodann folgendermaaßen Gerichtswegen beſchieden:

„Nach genommener Einſicht der Gerichtsacten und der vom Adv. R. eingereichten Privatacten, ſowie in Erwägung, daß dieſer zu Vermeidung unnützer Weiterungen wegen der völligen Gleichförmigkeit der einzelnen Anſprüche an die betreffenden Reſtanten, und weil von den einzelnen Reſtbeträgen nicht ein einziger die Summe von 20 Thlrn. —ˢ —ˢ überſteigt, im Wege des Bagatellproceſſes alle Reſtanten auf einmal, und nicht vermittelſt verſchiedener Klaganbringen in rechtlichen Anſpruch hätte nehmen ſollen, hat man, zumal die Beklagten ſich zu Bezahlung der Extrajudicialien in vorliegender Bagatellſache ganz beſonders verbindlich gemacht, nach Recht und Billigkeit die vom Adv. R. nach Bl. — bis mit — und — der vorliegenden Acten sub Vol. II. liquidirten Extrajudicialien alſo feſtzuſtellen ſich bewogen gefunden:

Nach §. 40. des angezogenen Geſetzes konnte Adv. R. für ſeine ſämmtlichen Bemühungen von Anmeldung der Klage an bis zum Verhandlungstermine, in welchem der eingeleitete Proceß nach Bl. — flg. der ergangenen Acten Vol. I. in der Hauptſache ſeine Endſchaft erreicht hatte, mit Ausnahme ſeines Verlags für Reinſchrift der Klaganmeldung ſammt Porto und Beſtellung, für Fortkommen, Meilengebühren und Diäten bei Gelegenheit der Abwartung des gedachten Verhandlungstermins, an Advocatenkoſten überhaupt nicht mehr als —ˢ 20 Ngr. —ˢ allen Beklagten zuſammen in Anſatz bringen, und nachdem, wie gedacht, die Sache bei Gericht hier ſchon im Hauptwerke völlig abgemacht war, auf den Grund der vorhin angezogenen Geſetzesparagraphe für ſeine weiteren Arbeiten und Verrichtungen in der Sache blos die Hälfte der bei wichtigeren Rechtsſachen geordneten Anſätze bezahlt verlangen; es lag ihm daher, weil ein Advocat die Bezahlung ſeiner Koſten überhaupt gar nicht eher verlangen kann, als bis ſolche Gerichtswegen feſtgeſtellt, nun aber dieſe Feſtſtellung von Seiten der Beklagten ausdrücklich beantragt worden war, die Verpflichtung ob, einfach ſeine Koſtenliquidation, ohne etwas weiter dafür in Anſatz zu bringen, als höchſtens die Reinſchrift derſelben und diesfallſige Beſtellung mit Porto, bei Gericht hier einzureichen, die gerichtliche Feſtſtellung und auf deren Grund die Auszahlung des feſtgeſtellten Betrags zu erwarten.

Dies vorausgeſchickt, geſtaltet ſich das, was Adv. R. in der vorliegenden Klagſache von den Bl. — bis mit Bl. — und Bl. — Act. Vol. II. namentlich aufgeführten 64 Beklagten verlangen kann, alſo:

| Gebühren. | | | Verläge. | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| ˢ | ngr | pf | ˢ | ngr | pf | |
| — | 20 | — | — | — | — | Gebühren überhaupt von Anmeldung der Klage bis zum Verhandlungstermine, |
| — | — | — | 2 | — | — | Fortkommen von M. nach P., 2 Stunden Weges, |
| — | 15 | — | 1 | — | — | Meilengebühren und Diäten, |
| — | — | — | — | 5 | — | Reinſchrift Bl. — und — Act. Vol. I. |
| — | — | — | — | 5 | — | desgl. Bl. — l. c. |
| — | — | — | — | 6 | 3 | desgl. Bl. — l. c. bis mit Bl. — l. c. |
| — | — | — | — | 5 | — | desgl. Bl. — und Bl. — l. c. |
| | | | | | | Anmerkung. Dieſe Reinſchriftsbeträge mögen darum paſſiren, weil, wenn Adv. R., wie recht und billig geweſen wäre, die verſchiedenen Klaganbringen in ein einziges gefaßt hätte, dieſes einzige Klaganbringen wegen der aufzuführenden Namen und Reſtbeträge, ziemlich ebenſoviel, als oben ausgeworfen, betragen haben würde. |
| — | — | — | — | 1 | — | Beſtellung des einzureichen geweſenen einzigen Klaganbringens, |
| — | — | — | — | 1 | — | Porto deſſelben, |
| 10 | 20 | — | — | — | — | nämlich —ˢ 5 Ngr. —ˢ für jeden der Bl. — bis mit Bl. — und Bl. — Act. Vol. II. benannten 64 Beklagten, Conferenz bei Annahme der Zahlung der einzelnen Reſtbeträge und Ertheilung von Quittung darüber, |
| — | — | — | — | 5 | — | Reinſchrift des vom Adv. R. anzufertigen und bei Gericht einzureichen geweſenen ſpeciellen Hauptkoſtenverzeichniſſes, höchſtens zu einem Bogen gerechnet, |
| — | — | — | — | 1 | — | Beſtellung dieſes Verzeichniſſes zur Poſt, |
| — | — | — | — | 1 | — | Porto. |
| 11 | 25 | — | 4 | — | 3 | |

15 Thlr. 25 Ngr. 3 Pf. Summa überhaupt,

wozu jeder der genannten 64 Beklagten den 64sten Theil mit —= 7 Ngr. $4\frac{17}{64}$ Pf. beizutragen hat.

Was dem zuwider vom Adv. R. Bl. — bis mit Bl. — und Bl. — Act. Vol. II. in Ansatz gebracht worden, kommt, als mit den Principien des Rechts und der Billigkeit in Widerspruch gerathend, in Wegfall."

Bei dieser Bescheidung, welcher die Beklagten sich unterwarfen, erklärte Adv. R. sich nicht beruhigen zu können, beantragte vielmehr, daß die Feststellung seiner Extrajudicialien nunmehr der vorgesetzten Behörde anheim gegeben werden möchte, und das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau sprach sich hierauf in der auf den Bericht des Königl. Gerichts zu P. eingegangenen Verordnung folgendermaaßen aus:

„1.

Wenn in §. 40. sub b. des das Verfahren in Streitigkeiten über ganz geringfügige Civilansprüche betreffenden Gesetzes vom 16. Mai 1839, verbunden mit pos. b. des II. Nachtrages zur revidirten Taxordnung vom Jahre 1840 bestimmt worden ist, daß die in derartigen Streitigkeiten von einer Partei zugezogenen Sachwalter für ihre sämmtlichen Bemühungen bis zur Bescheidsertheilung —= 20 Ngr. —= fordern dürfen, so bezieht sich dies offenbar nur auf die als Regel anzusehenden einfachen Processe, in denen nicht mehr als zwei Parteien sich gegenüber gestanden und mit einander verfahren haben. Fälle, wo der Sachwalter, wie hier, zu seiner eigenen Erleichterung gleich eine Mehrzahl von Beklagten in einer und derselben Klage zusammengefaßt, wegen der sämmtlichen angemeldeten Forderungen, die noch überdies auf einem und demselben Grunde beruhen und deshalb bei der Substantiirung weder in rechtlicher, noch in sachlicher Beziehung zu erheblichen Weiterungen Anlaß bieten konnten, einen einzigen Verhandlungstermin abgewartet und überhaupt nur ein Verfahren stattgefunden hat, gehören zu den Ausnahmefällen, von denen in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung nicht angenommen werden kann, daß sie vom Gesetzgeber mit haben betroffen werden sollen. Es kann daher aus jenen gesetzlichen Bestimmungen noch keineswegs gefolgert werden, daß es dem Sachwalter freistehe, auch in einem solchen Ausnahmefalle die dort geordnete Gebühr für jeden einzelnen Beklagten voll zu fordern.

Und in der That würde es sich auch weder mit dem allgemeinen Rechtsprincipe, nach dem der Lohn der Arbeit zu entsprechen hat, noch insbesondere mit der auf möglichste Verminderung von Kosten gerichteten Tendenz des erstbezogenen Gesetzes vereinbaren lassen, wenn man dem Sachwalter für seine verhältnißmäßig weit geringeren Mühwaltungen und Zeitverluste eben soviel hätte passiren lassen wollen, als er zu fordern berechtigt gewesen sein würde, wenn er jeden Beklagten einzeln belangt und mit jedem Einzelnen besonders verfahren hätte.

In Ermangelung specieller gesetzlicher Vorschriften hat vielmehr in jedem derartigen Falle das richterliche Ermessen einzutreten, und dies zwar um so unbedenklicher, als die Fassung der erwähnten Gesetzesstelle:

„die Sachwalter dürfen für die sämmtlichen Bemühungen bis zur Bescheidsertheilung ein Mehreres nicht fordern",

ohnehin darauf hinzuweisen scheint, daß der Betrag von —= 20 Ngr. —= nur als ein Maximalsatz habe aufgestellt und somit dem Richter immer noch freie Hand gelassen werden sollen, innerhalb der also gezogenen Grenzen nach Befinden eine Ermäßigung eintreten zu lassen, wie es denn auch, um nur eines Beispiels zu gedenken, schwerlich einem Sachwalter beikommen dürfte, für die Anfertigung eines bloßen Klaganmeldungsschreibens die vollen —= 20 Ngr. —= in Ansatz zu bringen.

Dagegen versteht es sich aber ebenso von selbst, daß bei dieser richterlichen Abwägung neben der gesetzlich gegebenen Taxe andererseits auch noch die mehreren Mühwaltungen und der größere Zeitaufwand in Betracht kommen müssen, welche mit der gleichzeitigen Verfolgung mehrerer Beklagten stets verbunden sein werden, und namentlich in Fällen, wo, wie hier, eine so große Anzahl von Personen belangt worden ist, verbunden sein müssen.

Nach diesen Grundsätzen, in Berücksichtigung der geringen Weitläufigkeiten, welche dem Obigen zufolge durch die gemeinschaftliche Verfolgung der Beklagten verursacht worden, sowie in weiterem Betracht, daß diejenigen Mühwaltungen, welche der Advocat R. nach Abwartung des Verhandlungstermins bei der Einhebung der geklagten Versicherungsbeiträge gehabt hat, nach Ausweis seiner eigenen, wieder beigeschlossenen Privatacten ebenfalls nicht besonders umfänglich gewesen sind, hat man es gerechtfertigt finden müssen, wenn das Proceßgericht Anstand genommen hat, für jeden einzelnen Beklagten die vollen —= 20 Ngr. —= zuzubilligen. Mit Rücksicht auf die große Anzahl der Beklagten, sowie auf den Umstand, daß Advocat R., wie ihm zweifelsohne freigestanden, ursprünglich mehrere Klagschreiben eingereicht hatte, muß es jedoch zweifelhaft erscheinen, ob sich derselbe, wie vom Gericht angenommen worden, für die Abwartung des Termins nur mit dem einfachen Satze von —= 20 Ngr. —= begnügen zu lassen brauche.

Man hat daher für angemeſſen befunden, die bis zur Execution erwachſenen Gebühren und Verläge, ausſchließlich des Reiſeaufwands, wie hiermit geſchieht, auf überhaupt 16 Thlr. —ˢ —ˢ, alſo dergeſtalt zu erhöhen, daß auf jeden der gegenwärtig in Frage kommenden 64 Beklagten ein Beitrag von —ˢ 7 Ngr. 5 Pf. fällt. Weiter zu gehen hat man ſich um ſo weniger veranlaßt finden mögen, als aus Bl. — der Privatacten hervorgeht, daß R. dieſen Anſatz früher ſelbſt als einen ſeinen Bemühungen entſprechenden anerkannt hat.

2.

Von dem Reiſeaufwande ꝛc.

3.

Die außergerichtlichen Anſätze für die Bl. — flg. und — Vol. II. eingebrachten Executionsanträge hat das Gericht, weil R. die executiviſche Beitreibung ſeiner Deſerviten vor deren gerichtlicher Feſtſtellung überhaupt gar nicht verlangen können, gänzlich geſtrichen und nur ſoviel ſtehen laſſen, als der Ausbringer für die Zuſammenſtellung und Einreichung ſeiner Koſten hätte verlangen können.

Ob dieſer Grund für durchſchlagend zu achten, kann ebenſowohl als die weitere Frage, ob R. nach den in den Acten enthaltenen Vorgängen berechtigt geweſen ſei, gegen jeden einzelnen Beklagten mit einem beſonderen Executionsantrage einzukommen und die dafür geordnete Gebühr für Jeden voll zu fordern, für jetzt dahin geſtellt bleiben, da es zunächſt auf die Frage ankommt, ob die Beklagten überhaupt zur Wiedererſtattung der durch die Execution erwachſenen Extrajudicialien verbunden ſeien, ſolches aber nach der Anſicht des Appellationsgerichts zu verneinen iſt. Denn obwohl die Beklagten nach Ausweis des Verhandlungsprotokolles Bl. — auch die außergerichtlichen Koſten mit zur Berichtigung übernommen haben, ſo erſcheint dies doch gegenüber den in §. 7. und 10. des Geſetzes vom 16. Mai 1839 enthaltenen Vorſchriften, nach welchen in Streitigkeiten der vorliegenden Art jede Partei ihren Sachwalter in der Regel ſelbſt zu honoriren hat, nur als eine Ausnahmebeſtimmung, welche als ſolche ſtrenger Auslegung unterſteht und deshalb nur auf die damals allein in Frage befindlich geweſenen Koſten des erſten Termins, nicht aber ſo ohne Weiteres auch auf die der Execution bezogen werden darf.

Auch kann hieran durch den Schlußſatz der Bl. — flg. Vol. I. verbunden mit Bl. — beigebrachten Reverſe, ganz abgeſehen davon, daß nicht einmal gegen alle Betheiligte dergleichen vorliegen, ſchon um deswillen etwas nicht geändert werden, als dieſelben, obwohl im Verhandlungstermine producirt, doch von den Beklagten nirgends anerkannt worden ſind, vielmehr die Letzteren das Klagerecht der Klägerin ausdrücklich beſtritten haben.

Man hat daher der Entſchließung der vorigen Inſtanz ſchon aus dieſem Grunde beizutreten gehabt.

Wie nun hierdurch allenthalben die eingewendete Berufung theils ſich erledigt, theils als unerheblich ſich darſtellt, ſo wird dieſelbe, ſoweit Letzteres der Fall, verworfen und ſind die dadurch erwachſenen Koſten, welche in ihren Bl. — verzeichneten gerichtlichen Anſätzen ohne Abgang verbleiben, zwiſchen den Parteien aufzuheben, das Gericht aber hat die Letzteren demgemäß zu beſcheiden."

## 130.

**Wenn es ſich mit Wahrſcheinlichkeit überſehen läßt, daß für die gemeinen Gläubiger keine Maſſe übrig bleibt, iſt kein Concurs zu eröffnen*).**

Mitgetheilt von

Herrn Adv. H. M. in L.

Im Jahre 1852 war A. verſtorben. Nach dem von der Wittwe überreichten Nachlaßverzeichniß ſtellte ſich die Inſolvenz des Nachlaſſes heraus, weshalb ſie und der Vormund der Kinder von demſelben ſich losſagten.

Zu den Nachlaßactiven gehörte insbeſonders eine Lebensverſicherungspolice über 300 Thlr. —ˢ —ˢ, welche dem E. wegen einer Forderung von 170 Thlrn. —ˢ —ˢ verpfändet und auf welche R. wegen 121 Thlr. 23 Ngr. 4 Pf. angewieſen war.

Nach dem Losſagen von der Erbſchaft trugen H. und R., zwei Gläubiger A.'s, auf Concurseröffnung an; ein Antrag, welchem R. unter Berufung auf das Recht prioritätiſcher Befriedigung aus dem Reſte der Police und auf eine durch Concurseröffnung zu befürchtende Beeinträchtigung dieſes ſeines Rechts widerſprach.

Nach fruchtlos gehaltenem Verhörstermine trat das Kreisamt Leipzig, die Nachlaßbehörde, dem Widerſpruche des R. bei und gab zu erkennen:

„Daß man Amtshalber, da das von E. und R. prätendirte Vorzugsrecht auf die dem Erblaſſer zugehörig geweſene Lebenspolice von 300 Thlrn. —ˢ —ˢ mit Rückſicht auf das vorliegende Anerkenntniß Seiten der im Verhörstermine erſchienenen Gläubiger, was erſteren (E.) anlangt, ſo wie mit Hinblick auf die von bewährten Rechtslehrern (vergl. Curtius, Handbuch des im Königreich Sachſen geltenden Civilrechts, ed. 2. Theil 2. 3te Abtheil. §. 1065. not. i.) aufgeſtellte Theorie,

*) Vergl. dieſes Wochenblatt, Jahrg. 1853. S. 65 flg.

was letzteren (R.) betrifft, nicht zu bezweifeln, hiernächst die im Nachlasse vorgefundene Baarschaft durch die prioritätisch gesicherten Begräbnißkosten absorbirt worden ist, endlich auf die wenigen Nachlaßmobilien die Wittwe wegen ihres nicht minder bevorzugten Einbringens Anspruch erhebt, bei somit wenigstens für die chirographarischen Gläubiger ermangelnder Nachlaßmasse Bedenken trägt, einen Nachlaßvertreter zu bestellen und Concurs zu eröffnen.

Es bleibt vielmehr denjenigen Gläubigern, welche weder befriedigt sind, noch auf ihr Recht verzichtet haben, selbst anheim gestellt, ihre etwaigen Rechte an dem angeblich zu erlangenden Residuo der Lebenspolice durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten geltend zu machen."

H. und R. appellirten hiergegen, und das Appellationsgericht Leipzig verordnete unter dem 14. October 1852 Concurseröffnung.

Nunmehr appellirte R., und das Oberappellationsgericht stellte unter dem 27. Januar 1853 die Resolution der ersten Instanz wieder her und gab hierzu nachstehende Gründe:

„Der Zweck des Concursprocesses ist, daß das Vermögen des Schuldners unter die Gläubiger nach gesetzlicher Ordnung vertheilt werde. Daher reicht die Insolvenz des Schuldners und die Mehrzahl der Gläubiger nicht aus zur Eröffnung des Concurses, sondern es muß auch eine Masse vorhanden sein, welche vertheilt werden kann, sonst erscheint der Concurs fruchtlos und zweckwidrig. An diesem Erfordernisse nun fehlt es hier, da, wie fol. — näher gezeigt ist, und durch das Verzeichniß fol. — bestätigt wird, der A.'sche Nachlaß nur in weniger Baarschaft und Mobilien besteht, deren Betrag durch die Kosten der letzten Krankheit, des Begräbnisses und der Haushaltung der nächsten 30 Tage nach dem Tode des Schuldners, auch abgesehen von dem fol. — angemeldeten eheweiblichen Einbringen, erschöpft wird.

Nun ist zwar noch eine Lebensversicherungspolice über 300 Thlr. —ˢ —ˢ vorhanden. Allein diese ist an den E. verpfändet, welcher sich aus dem Erlöse derselben wegen einer Forderung von 170 Thlrn. —ˢ —ˢ bezahlt gemacht hat, und es ist die prioritätische Befriedigung dieser Forderung von den Gläubigern, namentlich auch von H. und R., fol. — unbedingt zugestanden worden. Der fol. — auf 129 Thlr. 13 Ngr. 4 Pf. berechnete Ueberschuß dieser Police, welchen die genannten Gläubiger zur gemeinen Nachlaßmasse ziehen wollen, wird von R. aus dem Grunde allein in Anspruch genommen, weil er zu seiner Befriedigung wegen einer Forderung von 121 Thlrn. 23 Ngr. 4 Pf. von dem Schuldner ausdrücklich darauf angewiesen worden sei. Und in der That stellt sich nach der Erklärung fol. —, welche fol. — im Original producirt worden ist, gedachte Police, R. gegenüber, ebenfalls als verpfändet dar, indem E. sie zugleich mit für diesen zurückzubehalten und nur an ihn auszuantworten sich gegen A. verpflichtet hat.

Die gegenwärtigen Appellaten, H. und R., haben nicht die Richtigkeiten dieser Forderung, sondern nur das Vorzugsrecht derselben bestritten, allein diesen Widerspruch nicht ausreichend begründet, auch der Versicherung des Vormundes fol. —, daß ihm die Richtigkeit des Sachverhältnisses in Betreff der fraglichen Verpfändung genau bekannt sei, etwas nicht entgegengesetzt.

Unter diesen Umständen hat die erste Instanz fol. — Bedenken getragen, einen Nachlaßvertreter zu bestellen und Concurs zu eröffnen, jedoch den betreffenden Gläubigern nachgelassen, ihre etwaigen Rechte an dem Residuo der Lebenspolice selbst geltend zu machen. Und diese Ansicht ist für sachgemäß zu erachten. Denn wo es sich mit Wahrscheinlichkeit übersehen läßt, daß für die gemeinen Gläubiger keine Masse übrig bleibt, da würde die Eröffnung des Concurses nur als ein Versuch erscheinen, welcher auf Kosten und Gefahr der prioritätischen Gläubiger unternommen wird, zum Besten der Ersteren erst eine Masse zu schaffen. Und hierzu liegt kein rechtlicher Grund vor, abgesehen davon, daß im günstigsten Falle die durch das Concursverfahren entstehenden Unkosten leicht auch dasjenige, was für die Chirographarier erlangt würde, übersteigen können. Der Unterschied der verschiedenen Massen ist nicht allein bei der Vertheilung derselben, sondern auch schon bei der Entschließung, ob Concurs zu eröffnen sei, in Betracht zu ziehen.

Wolfgang Heinrich Puchta, über den Concursproceß, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung, §. 186. S. 383.

Sollten Appellanten ihre Ansprüche an den Ueberschuß der Lebenspolice ausführen, oder sonst nachweisen, daß noch mehr Vermögen vorhanden sei, so bleibt ihnen alsdann weitere Anträge zu stellen unbenommen.

Wegen des Wechsels der Entscheidungen sind übrigens die Unkosten des eingewendeten Rechtsmittels zu vergleichen gewesen."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

# Wochenblatt

für

# merkwürdige Rechtsfälle,

in actenmäßigen Darstellungen

## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung

zunächst für das

## Königreich Sachsen.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 62.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**


### 131.

### Beitrag zur Anwendung der Vorschrift der Erl. Proceßordnung ad Tit. 28. §. 1., den Beweis durch Augenschein betreffend.

Mitgetheilt von
Herrn J. R. L. in L.

R. stellte gegen B. Negatorienklage unter dem Anführen an, daß dessen Gasthof auf der Seite, wo er mit seinem, R.'s, Hause grenze und gänzlich an dasselbe angebaut sei, keine eigenthümliche Mauer habe. Derselbe habe nun im ersten Stockwerke einen Tanzsaal eingerichtet und in demselben in R.'s Mauer ein Orchester befestigt, dadurch aber, so wie durch die beim Tanzen entstehende Erschütterung des Gebälkes und Mauerwerks sei letzteres an mehrern Punkten gesprungen und demselben ein empfindlicher Schade verursacht worden. Eine gleiche Eigenthumsbeeinträchtigung fand Kläger darin, daß B. in der Durchfahrt neben R.'s Mauer in dieser zu Herstellung einer Stallung für Pferde Krippen und Raufen angebracht habe. Das Petitum ging darauf, daß B. sich aller dieser nachtheiligen Gebahrungen zu enthalten und das Orchester, die Krippen und Raufen aus Klägers Mauer herauszunehmen habe.

Da Beklagter das alleinige Eigenthum Klägers an dieser Mauer verneinte, wurde rechtskräftig auf Beweis dieses Eigenthums erkannt, und darauf im November 1844 der Beweis, später auch der Gegenbeweis geführt. Im December 1845 reichte aber Kläger einen nachträglichen Beweis unter dem Anführen ein, es habe sich bei Revision des stadtgerichtlichen Archivs ein Actenstück aufgefunden, welches auf die Rechtssache von großem Einflusse sein werde. Aus diesen Acten ergebe sich nämlich, daß sein und B.'s Haus vor hundert Jahren durch Feuer zerstört worden, und sein Besitzvorfahr, ein gewisser O., zwei steinerne Brandgiebel erbaut und die streitige Mauer ihm gehöre, das damals den B—ß'schen Erben gehörig gewesene Nachbarhaus aber, der Gasthof zum blauen Engel genannt, später erbaut worden sei. Darüber, daß das damals O.'sche Haus dasselbe, was jetzt Kl. besitze, und daß der Gasthof zum blauen Engel identisch mit des Beklagten Gasthof sei, war der Eid angetragen. Dessen Statthaftigkeit wurde vom Beklagten bestritten, derselbe auch in dem eingeholten Pro- und Reproductionsurthel dem Kläger aberkannt, der Nachtragsbeweis an sich aber, soweit er auf das neuaufgefundene Actenstück gestützt war, unter Voraussetzung der Leistung des juram. docum. nov. repertorum aufrecht erhalten.

Nunmehr beantragte Kläger aber die Ertheilung eines gerichtlichen Marginalattestes, daß das damals O.'sche Haus das jetzt ihm, und das damals den B—ß'schen Erben gehörige das jetzt dem Beklagten B. zuständige Gasthofsgrundstück zum blauen Engel sei. Diesem Anverlangen widersprach Beklagter, da es Klägerm nicht freistehen könne, zum Nachtragsbeweise einen nochmaligen Nachtragsbeweis zu des ersteren Vervollständigung zu liefern. Die Ertheilung des Attestes unterblieb, und es wurde über gedachte Differenz in vier Instanzen entschieden.

Diese Erkenntnisse gingen dahin:

I. Urthel des Königl. Spruchcollegiums Mens. Januar 1848.

„Da alle diejenigen Thatsachen, welche durch das von dem Kläger in seinem nachträglichen Beweise Bl. — unter Bezugnahme auf das dort inducirte,

neu aufgefundene Doc. sub II. angeführt sind, sich direct auf den von dem Kläger zu beweisenden Satz, daß die fragliche Mauer sein Eigenthum seien, beziehen und dazu bestimmt sind, einen künstlichen Beweis desselben zu liefern, mithin nicht bezweifelt werden mag, daß diese Thatsachen, obgleich erst nach Ablauf der Beweisfrist vorgebracht, dennoch in dem gegenwärtigen Processe insofern Berücksichtigung finden müssen, als der Kläger, wie ihm bereits Bl. — auferlegt worden, annoch mittelst Eides erhält,

„daß er während der Beweisfrist von der Existenz dieser Urkunde oder doch davon, wo selbige anzutreffen gewesen, keine Kenntniß gehabt und diese Kenntniß erst innerhalb einer Sächsischen Frist, vom 22. December 1845 rückwärts gerechnet, erlangt habe,"

da ferner der Kläger Bl. — auf Ertheilung eines gerichtlichen Zeugnisses über verschiedene Umstände angetragen hat, des Beklagten Bemerkung Bl. — aber, daß dieses Zeugniß um deswillen nicht ertheilt werden könne, weil es einen Nachbeweis enthalten würde, um deswillen keine Berücksichtigung finden kann, weil dasjenige, um dessen Bezeugung Kläger gebeten, sich nur auf Gegenstände bezieht, welche, wenn Klägers Anführen in Wahrheit beruht, sich sofort durch den Augenschein ergeben müssen, derartige Nachweisungen aber zu jeder Zeit zu den Acten gebracht werden können,

Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Processes, §. 216. S. 379. der 11. Ausg.

nun aber weder der obengedachte Eid von Klägerm geleistet, noch das letzterwähnte Zeugniß und eben so wenig eine Erklärung, daß es nicht gegeben werden könne, vom Gericht zu den Acten gebracht worden, mithin rücksichtlich des klägerischen Nachbeweises noch zur Zeit nicht alles bei den Acten vorhanden, was zu deren vollständiger Instruction erforderlich ist, dennoch aber die in jenem Nachbeweise aufgestellten thatsächlichen Behauptungen keineswegs unberücksichtigt bleiben können, da es von nicht geringem Einflusse auf die Entscheidung der Hauptsache ist, ob man den Beweis derselben für erbracht oder verfehlt anzusehen hat — so ist zuvörderst ein Termin anzuberaumen und Kläger unter den gesetzlichen Verwarnungen zu Leistung des Bl. — erkannten Eides vorzuladen, nicht minder ist von Seiten des Gerichts darüber, was es mit den Bl. — von Klägerm aufgestellten Behauptungen, worüber derselbe um ein Randzeugniß gebeten, für eine Bewandtniß habe, Nachricht zu den Acten in glaubhafter Form zu bringen, worauf ferner in der Sache ergehet, was Recht ist."

II. Das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau bestätigte Mens. Juli 1848 das Urthel „mit der Erklärung, daß darüber, was es mit dem vom Kläger über die von ihm Bl. — aufgestellten Behauptungen erbetenen Randzeugnisse für eine Bewandtniß habe, allererst nach Ableistung des demselben rechtskräftig auferlegten Eides Nachricht zu den Acten in glaubhafter Form gebracht werde."

Entscheidungsgründe.

„Es ist zwar an sich richtig, daß eine nach Ablauf der Beweisfrist vorzunehmende Beweisführung überhaupt unzulässig ist, allein dahin kann nicht gerechnet werden die Erläuterung der Zeugenaussagen und der Beweisurkunden über Localverhältnisse, welche nach Analogie der in der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. 28. §. 1. enthaltenen Vorschrift wegen Aufklärung der Sache durch Localbesichtigung von dem Richter ebensowohl Amtshalber angeordnet, als von der einen oder andern Partei bis zur Definitivsentenz beantragt werden kann.

Carpzov, jurisprud. forens., P. I. cap. 16. def. 30.
Rivini enunciata juris, Tit. XXVIII. en. 6.
Berger, oec. jur., Lib. IV. Tit. XXIV. th. VIII. not. 1.

Wenn daher, so viel den vorliegenden Fall betrifft, der Kläger Bl. — von dem Proceßgericht ein Zeugniß über die Lage und Umgebung *seines Hauses* und des Gasthofs des Beklagten verlangt, so darf dies keineswegs als ein neuer selbstständiger Beweis angesehen werden, sondern es bezweckt dieses Verlangen offenbar nichts weiter, als eine genaue Beschreibung der Oertlichkeiten, damit auf diese Weise der erkennende Richter in den Stand gesetzt werde, eine Vergleichung derselben mit den hierüber in der als neu entdeckten Beweisurkunde inducirten Acten sub No. — sich vorfindenden Angaben zu veranstalten.

Es steht mithin auch die Rechtskraft der Bl. — befindlichen Entscheidung einem solchen Verlangen keineswegs entgegen, und es kann übrigens demselben von dem Beklagten um so weniger widersprochen werden, als es hierbei zugleich mit darauf ankommt, den Spruchcollegien eine anschauliche Kenntniß von den im nachträglichen Beweise des Klägers genommenen örtlichen Beziehungen zu verschaffen.

Demnach war das vorige Urthel zu bestätigen, demselben jedoch die in dem jetzigen Erkenntnisse enthaltene Erläuterung beizufügen, da das erbetene Zeugniß von dem Gebrauche der als documentum noviter repertum bezeichneten Acten abhängt, und letztere nur dann erst ein zulässiges Beweismittel sind, wenn der Kläger den ihm Bl. — rechtskräftig auferlegten Eid abgeleistet hat."

I. Urthel des Königl. Oberappellationsgerichts vom März 1849.

„Daß es bei dem — Urthel nicht zu lassen, sondern es sind Klägers Anträge Bl. — auf Ertheilung gerichtlichen Randzeugnisses über die daselbst bemerkten thatsächlichen Umstände für statthaft nicht zu achten.

Entscheidungsgründe.

An sich mag es zwar keineswegs für unzulässig geachtet werden, daß bei dem nachträglichen Beweise durch neuaufgefundene Urkunden der Producent auch noch andere Schriften benutze, welche, wenn schon nicht in die Kategorie der documenta noviter reperta fallend, doch erst durch ihren Zusammenhang mit den letztern Bedeutung erlangen; allein in der Natur der Sache liegt es, daß die Beziehung auf solche anderweite Beweismittel, welche zum Verständniß oder zur Aufklärung des Inhalts der neuentdeckten Hauptdocumente und somit zur Ergänzung des nachträglich durch letztere zu führenden Beweises dienen sollen, sogleich bei diesem letztern selbst geschehen müsse, weil die Ausnahme, welche die Gesetze für den Fall der Auffindung früher unbekannter Urkunden von der Regel, daß die Induction der Beweismittel an die Beweisfrist gebunden ist, gestatten, nicht über ihren Zweck ausgedehnt werden, und nicht dahin führen kann, wiederum auch noch besondere nachträgliche Ergänzungen des durch die neuentdeckten Urkunden geführten Nachtragsbeweises mittelst anderer Beweismittel zuzulassen. So statthaft daher ein Antrag Klägers auf Ertheilung gerichtlichen Marginalatteste über die Bl. — bemerkten Localverhältnisse gewesen sein würde, wenn dieselbe in den Bl. — ersichtlichen Nachtragsbeweisartikeln selbst oder bei Ueberreichung derselben gestellt worden wäre, da der damit zu erreichende Zweck allerdings keineswegs auf die Darlegung selbstständiger Beweissätze, sondern nur auf eine Ergänzung des durch das behauptlich neuentdeckte Hauptdocument sub — zu führenden Beweises gerichtet erscheint, so wenig kann doch die Tempestivität der Bl. — enthaltenen Anträge zugegeben werden, zu welchen Kläger erst in dem in der Sache abgesetzten Schlußverfahren, nachdem der über die Nachtragsbeweisartikel 13. und 14. von ihm gebrauchte Eidesantrag Bl. — als unzulässig verworfen worden, verschritten ist, augenfällig, und wie aus seiner eignen Erklärung hervorgeht, zu dem Zwecke, um dadurch indirect zu demselben Ziele zu gelangen, welches durch die gedachten Eidesartikel erreicht werden sollte.

In den vorigen Instanzen ist die Zulässigkeit der bemerkten Anträge Klägers unbedenklich gefunden worden, und zwar von der ersten Instanz aus dem Grunde, weil dasjenige, um dessen Bezeugung Kläger gebeten, sich nur auf Gegenstände beziehe, welche, wenn das Anführen in Wahrheit beruhe, sich sofort durch den Augenschein ergeben müßten, derartige Nachweisungen aber zu jeder Zeit zu den Acten gebracht werden könnten, während man in zweiter Instanz die Vorschrift der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. 28. §. 1., wonach der Richter bis zur Definitivsentenz Localbesichtigungen zur Aufklärung der Sache Amtshalber anordnen könne, analog für anwendbar erachtet hat, mit der Bemerkung, daß es bei dem klägerischer Seits vom Proceßgerichte verlangten Zeugniß über die Lage und Umgebung seines Hauses und des Gasthofs des Beklagten zugleich mit darauf ankomme, dem Spruchcollegium eine anschauliche Kenntniß von den in dem nachträglichen Beweise des Klägers Bl. — genommenen örtlichen Beziehungen zu verschaffen. Indeß hat keiner dieser beiden Gründe für den vorliegenden besondern Fall als entscheidend anerkannt werden mögen.

Soviel zunächst den der ersten Instanz anlangt, so ist zwar im Allgemeinen allerdings nicht anzunehmen, daß die Befugniß des Richters, den eignen Augenschein eintreten zu lassen, auf die Beweisfrist eingeschränkt sei. Allein abgesehen von der Frage, ob hierdurch die Nothwendigkeit ausgeschlossen, daß die Partei selbst, insofern sie aus den eignen sinnlichen Wahrnehmungen des Richters ein Beweismittel für sich herleiten will, innerhalb der Beweisfrist sich darauf beziehe, kann wenigstens das gedachte richterliche Befugniß, insofern von demselben zu jeder Zeit im Laufe des Processes soll Gebrauch gemacht werden können, nicht auf Gegenstände ausgedehnt werden, die nicht die eigentlich streitigen sind und dem Richter auch von der Partei innerhalb der Beweisfrist nicht als solche bezeichnet werden, welche zur Aufklärung des Streitobjects dienen. Im vorliegenden Falle betrifft aber das, was der Proceßrichter in Augenschein nehmen, und worüber er sodann ein Zeugniß zu den Acten ertheilen soll, nicht das streitige Object — die zwischen den Grundstücken der Parteien befindliche Mauer — sondern gewisse Umgebungen der beiderseitigen Grundstücke, und es soll die Besichtigung und gerichtliche Niederschrift über deren Ergebniß in Verbindung mit dem Inhalte der neuaufgefundenen Urkunde zu einer künstlichen Beweisführung des Eigenthums Klägers an der streitigen Mauer benutzt werden.

Was dagegen den Grund der zweiten Instanz betrifft, so ist zwar ebensowenig zu bestreiten, daß nach Maaßgabe der allegirten Stelle der Erl. Proc.-Ordnung es dem Richter bis zur Rechtskraft des Definitivurthels freisteht, eine ihm zur Aufklärung

der Sache erforderlich erscheinende Localbesichtigung ex officio anzuordnen, nach Befinden darauf zu interloquiren, allein immerhin setzt diese vom Gesetz dem Richter gegebene Ermächtigung den Fall voraus, daß das eigentliche Beweismaterial bereits vollständig vorliege und tempestiv beigebracht worden, nur aber zu dessen Sichtung und klarem Ueberblicke sich noch ein anschauliches Bild von der Localität erforderlich mache. Daher pflegt nicht selten, wenn es bei Streitigkeiten, die eine klare Anschauung der Localität erheischen, in den Acten an einer bildlichen Darstellung fehlt, oder die vorhandene nicht genügend erscheint, die Anfertigung von Rissen auf den Grund anderweiter Localinspection angeordnet zu werden. Allein durch das Bl. — von Klägerm beantragte Marginalattest soll nicht sowohl der Zweck erreicht werden, das bereits vorhandene Beweismaterial dem erkennenden Richter in anschaulicher Weise vor die Augen zu führen, als vielmehr gewisse Nebenumstände in Gewißheit zu setzen, aus welchen ein Schluß auf die Relevanz des Ergebnisses aus der neu aufgefundenen Beweisurkunde zu ziehen. In der That wird also dadurch ein Suppliren von Thatsachen, die, nach Klägers Ansicht wenigstens, zur Stringenz seines Nachtragsbeweises erforderlich, bezweckt, während bei einer Amtshalber anzuordnenden Localbesichtigung im Sinne der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. 28. §. 1. es sich keineswegs von Constatirung neuer Thatsachen, sondern blos von der Gewinnung einer deutlichen Anschauung zum Behufe des Verständnisses der Parteibehauptungen und des zu deren Beweise bereits beigebrachten Materials handelt.

Ob und in welcher Beziehung übrigens in der gegenwärtigen Rechtssache etwa die Voraussetzungen vorhanden, unter welchen in der allegirten Stelle der Erl. Proc.-Ordn. dem Richter das Befugniß zu einer Amtshalber zu veranstaltenden Localbesichtigung eingeräumt worden, muß vorjetzt dahin gestellt bleiben, da sich dies nur erst bei der Definitive mit Sicherheit wird übersehen lassen, gegenwärtig aber nur die Incidentpunkte über die Statthaftigkeit der klägerischen Anträge Bl. — zu entscheiden war. Von selbst versteht es sich, daß die gegenwärtig auszusprechen gewesene Unstatthaftigkeit der letzteren einer derartigen, in der alleg. gesetzlichen Bestimmung begründeten richterlichen Maaßnahme nicht entgegenstehen würde."

II. Urthel des Oberappellationsgerichts, bestätigt aus folgenden Gründen:

„Den dem Erkenntnisse voriger Instanz beigegebenen Entscheidungsgründen ist im Hauptwerke beizutreten und nur noch Folgendes zu bemerken gewesen:

Indem die Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. 28. §. 1. dem Richter gestattete, auch nach Ablauf der Beweisfrist und selbst ohne Antrag einer Partei dann, „wenn er es der Nothdurft zu sein befindet", Localbesichtigung anzuordnen, konnte der Gesetzgeber nicht beabsichtigen, durch diese Vorschrift eine der Grundmaximen des Processes — daß nämlich die Herbeischaffung und Vorführung des Beweismaterials lediglich Sache der Parteien sei und dem Richter das Befugniß nicht zustehe, Thatsachen, welche zwar vielleicht zur vollständigen Herstellung des Beweissatzes erforderlich, aber von den Parteien nicht angeführt und nicht mit genügenden Beweisgründen unterstützt werden, von Amtswegen zu suppliren und für deren Beweis zu sorgen — aufzuheben. Der Zweck dieser Gesetzesvorschrift ist vielmehr offenbar dahin gerichtet, dem Richter in dem Falle, wenn es sich um deutlichere Anschauung der Localitäten behufs der Beurtheilung der auf dieselbe gestützten Behauptungen der Parteien handelt, die Möglichkeit derselben zu verschaffen. Es kann in einem solchen Falle nicht mehr in Frage kommen, eine selbstständige, einen Theil des Beweissatzes ausmachende Behauptung in juristische Gewißheit zu setzen, sondern nur ein klareres Verständniß dieser Behauptung auf die einzig mögliche Art herzustellen. — Im gegenwärtigen Falle soll nun, wie Kläger Bl. — selbst bemerkt, durch die beantragte Attestation die behauptete Identität der zur Zeit den Parteien gehörigen Grundstücke mit denen, welche in der angeblich neuaufgefundenen Urkunde als das R.'sche und das B.'sche bezeichnet worden, dargethan werden. Es handelt sich mithin nicht um eine bloße Besichtigung oder Beschreibung der Localitäten, um durch selbige die darauf gestützten Behauptungen des Beweisführers besser beurtheilen zu können, sondern geradezu darum, zu beweisen, daß diese Localitäten dieselben seien, von welchen in jener Urkunde die Rede ist. Hier soll also eine bestimmte Thatsache geradezu supplirt werden, welche der Beweisführer selbst für einen nothwendigen Bestandtheil des Beweises erachtet und zu deren Nachweise er früher sich des Eidesantrags — dessen Unstatthaftigkeit rechtskräftig ausgesprochen worden — bedient hatte.

Wollte Kläger zu diesem Behufe sich des Beweismittels der Localbesichtigung bedienen, so mußte er dieselbe innerhalb dieser Beweisfrist beantragen. Eben so ist der Antrag auf Ertheilung eines gerichtlichen Randzeugnisses verspätigt, da dasselbe im vorliegenden Falle die rechtliche Natur einer gerichtlichen Urkunde annehmen würde, und daher

unter besonderer Ausfertigung innerhalb der Beweisfrist gehörig beizubringen und zu inducíren gewesen wäre.

Das vorige Urthel war mithin lediglich zu bestätigen ꝛc.“

---

## 132.

Die Uhrmacherkunst ist (mit Ausnahme der Fertigung von Gewichtsuhren) in Sachsen als ein zünftiges Gewerbe anzusehen und unterliegt daher nicht der Bestimmung in §. 2. des Gesetzes, den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betr., vom 9. October 1840. — Durch letzteres Gesetz sind Innungsspecialartikel, sofern sie den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betreffen, als aufgehoben zu betrachten.

Mitgetheilt von
Herrn Adv. K. in L.

Im Februar 1854 stellte die Uhrmacherinnung zu L. bei dem Rathslandgericht daselbst mit Rücksicht auf §§. 2. und 37. des Gesetzes vom 9. October 1840 und unter gleichzeitiger Bezugnahme auf ihre confirmirten Innungsartitel vom 19. März 1779 (Inhalts deren in L. und den in einer Meile um L. gelegenen Orten Niemand, der es nicht mit ihrer Innung halte, die ihr zukommenden Arbeiten fertigen, entgegengesetzten Falles auf ihr Ansuchen von der Ortsobrigkeit aufgehoben und mit einer Strafe von 20 Thalern belegt werden solle) den Antrag, den Uhrmacher B., welcher zu ihr nicht halte, auch gar nicht Meister sei, gleichwohl aber in dem eine Viertelstunde von L. entfernten Dorfe L. das Uhrmachergewerbe und einen Uhrenhandel betreibe, nach Maaßgabe der §. 37. des Gesetzes vom 9. October 1840 zu bestrafen, auch zu bedeuten, daß er sich fernerer Contraventionen bei der in ihren Specialartikeln angedrohten Strafe von 20 Thalern und zu gewartender Aufhebung zu enthalten habe.

B. widersprach diesem Antrage der Innung als unstatthaft, indem er anführte, daß das Uhrmachergewerbe an denjenigen Orten Sachsens, wo er bisher gewesen, eine freie Kunst, und daß er daher nach Maaßgabe von §. 2. des obigen Gesetzes zu deren Betriebe in dem Dorfe L. berechtigt sei.

Das Rathslandgericht zu L., welches diese Differenz im Wege des Administrativjustizprocesses behandelte, ertheilte hierauf am 24. April 1854 folgenden Bescheid:

„Es ist Impetrat an dem Betriebe des Uhrmachergewerbes in L. und dem Verkaufe der selbst zusammengesetzten Uhren nicht zu behindern und hat das von der Uhrmacherinnung dagegen geltend gemachte Verbietungsrecht nicht Statt; dagegen aber hat sich Impetrat des Verkaufes von nicht selbst fabricirten Uhren, bei Vermeidung der gesetzlichen Strafen, zu enthalten und werden die erwachsenen Kosten gegen einander aufgehoben.“

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen:

„Das Uhrmachergewerbe ist ein solches, für welches in der Regel Innungen in unserm Vaterlande nicht bestehen und für welches die Zunftverbietungsrechte nur in derjenigen Stadt in Anspruch genommen werden können, in der eine Innung ihren Sitz hat. Als Regel läßt sich daher nicht behaupten, daß eine zünftige Erlernung zur Ausbildung des Lehrlings erforderlich sei, eben so wenig läßt sich behaupten, daß ein Uhrmacher, der in einer Stadt sich niederläßt, in der eine Innung nicht besteht, zur Gewinnung der Mitgliedschaft bei einer auswärtigen Innung verpflichtet sei.

Hiernach ist das Uhrmachergewerbe denjenigen Gewerben beizuzählen, deren das Gesetz vom 9. October 1840. §. 2. gedenkt und deren Ausübung auch auf den Dörfern freigegeben ist.

Daß eine gleiche Freigabe bereits früher und nach dem Mandat vom 29. Januar 1767 in Anwendung gebracht worden, folgt aus dem Privilegium, auf welches die Uhrmacherinnung sich bezogen hat.

Denn, wenn zu Gunsten der Innung in den Specialartikeln bestimmt ist, daß innerhalb einer Meile um die Stadt L. Uhrmacher, die es mit der Innung nicht halten, nicht geduldet werden sollen, so folgt daraus von selbst, daß den Uhrmachern der Betrieb der Uhrmacherei innerhalb dieses Bezirks nach dem Gesetz nicht versagt war, es würde vielmehr eines privilegii gar nicht bedurft haben, wenn Uhrmacher auf den Dörfern überhaupt sich nicht niederlassen durften.

Hiernach würde also folgen, daß Impetrat an dem Betriebe seines Gewerbes und an dem Verkaufe der selbst gefertigten Waaren in L. nicht zu hindern sei; dagegen ist ihm der Verkauf von Uhren, die er nicht selbst gefertigt, zu untersagen, weil dies unter den Begriff des Handels fallen würde, zu dem er auf dem Lande ein Recht nicht hat.

Es kommt nun noch in Frage, welche Einwirkung das der Uhrmacherinnung ertheilte ausgedehntere Verbietungsrecht den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gegenüber äußert.

Wenn das Zunftverbietungsrecht einer Innung selbstverständlich überhaupt nur da denkbar ist, wo

eine Innung vorhanden ist, wenn solches sich in der Regel auf diejenige Stadt beschränkt, in der die Innung ihren Sitz hat, so mag zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß dieser Bezirk durch die Specialartikel der L'r Uhrmacherinnung vom 19. März 1779 auf den Umkreis einer Meile um die Stadt ausgedehnt worden ist, dem ungeachtet läßt sich dieses besondere Privilegium auf das Dorf L. nicht anwenden.

L. gehörte bis zur Landestheilung zum Stift Merseburg und stand, sowie sonst, namentlich in gewerbspolizeilichen Angelegenheiten, unter der Stiftsregierung zu Merseburg. Die Befugnisse des Domcapitels zu Merseburg, das Bestehen und die Amtsbefugnisse der Stiftsregierung wurden in der beständigen Wahlcapitulation vom 31. Juli 1731 vom Churfürsten von Sachsen gewährleistet,

Weiße, Geschichte des Königreichs Sachsen, 2. Bd. p. 287.

und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Wirksamkeit eines gewerblichen Privilegiums innerhalb des stiftischen territorii zunächst von der Entschließung der Stiftsregierung abhängig war.

Nun sind aber die fraglichen Specialartikel mit dem darin enthaltenen Privilegium von der vormaligen Landesregierung gegeben, der Geschäftskreis dieser erstreckte sich aber nur auf die alten Erblande,

Weiße, Staatsrecht von Sachsen, Bd. 1. §. 97.

und wenn auch die Staatsregierung an und für sich der Landesregierung untergeordnet war, so läßt sich doch nicht behaupten, daß ein von der competenten Behörde einer Innung der Erblande gegebenes Privilegium ohne Weiteres auch auf die Ortschaften des Stiftes Merseburg Anwendung leide.

Allerdings sind die territorialen Beziehungen seit der Theilung gänzlich verändert, allein es würde ungeeignet sein, die Verhältnisse der Zeit, welche ein außerordentliches Recht gab, für die heutige Anwendung zu ignoriren.

Vom allgemeinen Verwaltungspunkte aus war sonach B. in seinem Rechte als Uhrmacher zu schützen und ihm nur ein Handel mit Uhren zu untersagen, vom Gesichtspunkte der Administrativjustiz war dem behaupteten Verbietungsrechte der Innung die Wirksamkeit für L. abzusprechen.

Die Kostencompensation erscheint durch die Lage der Sache von selbst gerechtfertigt."

Gegen diesen Bescheid wendeten beide Theile Recurs ein. Die von der Königl. Kreisdirection zu L. hierauf unter dem 10. Juni 1854 gefällte Entscheidung lautete folgender Maaßen:

„Daß sothaner Bescheid, soweit darin entschieden worden, daß das von der Impetrantin gegen Impetraten geltend gemachte Verbietungsrecht nicht Statt habe und die erwachsenen Kosten gegen einander aufzuheben, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, darüber aber, ob und inwieweit Impetrat an sich, und abgesehen von jenem Verbietungsrechte, das Uhrmachergewerbe in L. zu betreiben und beziehentlich mit Uhren daselbst zu handeln, befugt sei, nicht administrativjustizmäßig, sondern lediglich im reinen Verwaltungswege Entschließung zu fassen.

Die in der vorliegenden Administrativjustizsache in der Recursinstanz erwachsenen Kosten sind ebenfalls zwischen den Parteien zu compensiren.

Dieses Erkenntniß beruht auf folgenden Gründen:

Das von der Impetrantin mit Bezugnahme auf Art. XXXI. ihrer Specialinnungsartikel Bl. — in Anspruch genommene Verbietungsrecht rücksichtlich der Betreibung des Uhrmachergewerbes in den in einer Meile um die Stadt L. liegenden Orten kann um deswillen rücksichtlich der daselbst gelegenen ländlichen Ortschaften dermalen nicht mehr für gültig erachtet werden, weil nach §. 38. des Gesetzes vom 9. October 1840, den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betr., durch dieses Gesetz alle bis dahin wegen des Gewerbsbetriebs auf dem Lande in den vier erbländischen Kreisen ergangenen Verordnungen, mit alleiniger Ausnahme der im §. 28. erwähnten speciellen Vergünstigungen und Anerkenntnisse, außer Anwendung gesetzt worden sind. Daß hiermit auch die, einzelnen Innungen in ihren Specialartikeln verliehenen Rechte und Befugnisse, soweit sie den Gewerbsbetrieb auf dem Lande betreffen, aufgehoben worden, kann um so weniger einem gegründeten Zweifel unterliegen, als nach §. 28. cit. nur die den Gerichtsherrschaften oder Landgemeinden durch ausdrückliche Vergünstigung oder Anerkennung der Regierung verliehenen Berechtigungen neben der durch das Gesetz vom 9. October 1840 geordneten neuen Einrichtung in Kraft bleiben sollen, der durch gleiche Vergünstigung den Innungen eingeräumten Befugnisse aber daselbst gar nicht Erwähnung geschehen ist.

Müssen nun hiernach die von der Impetrantin für sich angezogenen Specialartikel dem mehrgedachten Gesetze gegenüber schlechterdings für unwirksam erkannt werden, so kann die in erster Instanz Bl. — angeregte Frage, ob sothanen Specialartikeln in den vormaligen Stift-Merseburgischen Ortschaf-

ten Geltung beizulegen sei, hier füglich auf sich beruhen.

Die Verweisung der übrigen, in dem Bescheide erster Instanz berührten Punkte aus dem Administrativjustizwege in den reinen Verwaltungsweg mußte erfolgen, weil nach Wegfall des prätendirten Verbietungsrechtes ein Parteienverhältniß im Sinne §. 1. des Gesetzes D. vom 30. Januar 1835 zwischen der Impetrantin und dem Impetraten nicht mehr vorhanden ist.

Hinsichtlich des Kostenpunktes rechtfertigt sich obiges Erkenntniß dadurch, daß, obschon der Bescheid der ersten Instanz, soweit er sich für die Administrativjustizentscheidung eignete, bestätigt worden, dies doch aus andern Gründen, als in der vorigen Instanz geschehen, und der Impetrantin eine muthwillige Streitsucht, bewandten Umständen nach, keinesfalls zur Last zu legen ist."

Dieser Entscheidung war folgendes Inserat beigegeben:

„Was die nach dem Vorstehenden im reinen Verwaltungswege zu fassende Entschließung anlangt, so befindet die Königliche Kreisdirection, daß es bei dem Bl. — ertheilten Bescheide nicht zu lassen, Impetrat B. vielmehr zu bedeuten sei, daß er der Betreibung des Uhrmachergewerbes in L. und des Handels mit Uhren daselbst, mit Ausnahme des Fertigens und Reparirens von Gewichtsuhren und des Verkaufes solcher von ihm selbst gefertigter Uhren, woran er nach Maaßgabe §. 2. des Gesetzes vom 9. October 1840 nicht zu behindern, bei Vermeidung der in §. 37. desselben Gesetzes geordneten Strafen sich schlechterdings zu enthalten habe.

Wenn nämlich der gedachte Bescheid in Uebereinstimmung mit der Behauptung des Impetraten angenommen hat, daß das Uhrmachergewerbe den unzünftigen beizuzählen sei, welche nach §. 2. cit. auch auf dem Lande freigegeben sind, so vermag die Königliche Kreisdirection dem nicht beizupflichten. Die Generalinnungsartikel vom Jahre 1780 gehen offenbar von der Voraussetzung aus, daß in der Regel alle Handwerke zünftig seien. Dies ergiebt sich namentlich aus den Schlußworten, woselbst ausdrücklich bestimmt ist, daß diejenigen Gewerbe, welche bis dahin ohne Innung bestanden, dabei ferner gelassen werden sollten. Dabei kann auch auf den Umstand, daß das Uhrmachergewerbe hin und wieder eine Kunst genannt wird, um so weniger Gewicht gelegt werden, als die Generalinnungsartikel ausdrücklich auch für dergleichen „Künstler" mit gegeben sind. Die Unzünftigkeit eines Gewerbes muß daher als eine Ausnahme von der Regel speciell nachgewiesen werden, wenn darauf besondere, von der gesetzlichen Ordnung abweichende Befugnisse gegründet werden sollen. Als ein solcher Nachweis kann aber der Umstand, daß verhältnißmäßig nur wenige Innungen in Sachsen bestehen, nicht gelten, denn dasselbe Verhältniß besteht bekanntlich auch bei vielen andern Handwerken, welche unzweifelhaft zünftiger Natur sind. Es folgt daraus weiter nichts, als daß das fragliche Gewerbe in den Städten, wo eine Innung sich nicht befindet, ausnahmsweise unzünftig betrieben werden darf, keineswegs aber, daß das Gewerbe selbst als ein unzünftiges zu betrachten sei. Dazu kommt aber, was den vorliegenden Fall anlangt, daß das Uhrmachergewerbe in mehrfachen Entscheidungen der obern Verwaltungsbehörden als ein in der Regel zünftiges durch Festsetzung der Grenzen des zünftigen Arbeitsgebietes desselben und sonst ausdrücklich anerkannt worden ist. Dabei ist insbesondere die Fabrication und das Repariren von Gewichtsuhren von dem zünftigen Arbeitsgebiete der Uhrmacher ausgenommen und für ein unzünftiges Gewerbe erklärt worden.

Wie sich aber aus dem Vorstehenden ergiebt, daß Impetrat B. zur Betreibung des Uhrmachergewerbes in L. mit Ausnahme des zuletzt gedachten Gewerbszweiges ohne Concession der Regierungsbehörde nicht befugt ist, so hat die Königliche Kreisdirection auch auf das Bl. — eventuell angebrachte Concessionsgesuch eine beifällige Entschließung zu fassen Sich nicht bewogen finden können. Denn abgesehen davon, daß ein diesfallsiges örtliches Bedürfniß in L. in keiner Weise anzunehmen ist, indem es zu Reparaturen der Bl. — gedachten hölzernen Wanduhren, insofern sie zu den oben erwähnten Gewichtsuhren gehören, einer besondern Concession nach dem Obigen nicht bedarf, mithin überhaupt die Concessionirung eines Uhrmachers in L. bei der großen Nähe von L. nicht gerechtfertigt erscheinen würde, so würde auch eine solche Concession nur einem zünftig gelernten Uhrmacher, unter Voraussetzung der Gewinnung des Meisterrechts, ertheilt werden können, und dem Bittsteller daher schon um deswillen zu versagen sein, weil er die Profession nach seiner eigenen Angabe Bl. — nicht zünftig erlernt hat."

## 133.

Eine analoge Ausdehnung der Bestimmung der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. V. §. 8. hinsichtlich des Zusatzes „mehr oder weniger" auf Zeitangaben mittelst des Zusatzes „früher oder später" ist unzulässig.

Mitgetheilt von
Herrn G. in D.

In einer vor den Gerichten zu Hermsdorf zwischen Johann Gottlieb K., Klägerm, und Carl Gottlob K., Beklagtem, im Jahre 1852 ꝛc. anhängigen Rechtssache hatte das Proceßgericht unter anderem am 14. März 1853 auch auf einen von Beklagtem zu leistenden Eid des Inhalts erkannt,

daß Kläger am 6. August 1852 die Schenkung von 50 Thlrn. —⁄— unter Beklagtens Zustimmung nicht zurückgenommen habe,

und ex officio nach den Worten „am 6. August 1852" noch die Worte „oder früher oder später" eingeschaltet. Der Beklagte appellirte gegen diesen Zusatz, als actenwidrig, und das Königl. Appellationsgericht zu Dresden brachte unterm 30. Juli 1853 denselben auch in Wegfall, indem es sich in den Entscheidungsgründen dahin aussprach: „daß die Einschaltung der Worte: „oder früher oder später" eine ungehörige Ausdehnung der Vorschrift der Erl. Proceßordnung Tit. V. §. 8. auf einen Fall sei, auf den sie sich gar nicht beziehe; Kläger habe Bl. — bestimmt behauptet, daß die von ihm angeführte Vereinigung bei der von Beklagtem Bl. — erwähnten Gelegenheit, also am 6. August 1852, erfolgt sei; es sei daher auch nur die angeblich an diesem Tage eingetretene Thatsache wie Gegenstand der Behauptung, so auch des Eidesantrags, nicht eine frühere oder spätere Thatsache."

Auf des Klägers seinerseits hiergegen eingewendete Berufung bestätigte das Königl. Oberappellationsgericht nichts destoweniger unterm 1. Februar 1854 das vorige Erkenntniß und bemerkte in den Entscheidungsgründen dazu:

ꝛc. „Die vom Kläger Bl. — angefochtene, in den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz Bl. — gerechtfertigte Weglassung der Bl. — dem von Beklagtem zu leistenden Eide in erster Instanz willkürlich inserirten Worte „oder früher oder später" erscheint vollkommen in der Ordnung. Wenn, wie hier, Bl. — in Verbindung mit Bl. — von einer an einem bestimmten Tage, dem 6. August 1852, eingetretenen Vereinigung die Rede ist, so kann nicht, in analoger Anwendung der in §. 8. der Erl. Proceßordnung ad Tit. V. wegen Einschaltung des „mehr oder weniger" ertheilten Vorschrift, der Bezugnahme auf den bestimmten Tag ein „früher oder später" angehängt werden, vielmehr muß der Eid geschworen werden, wie er angetragen ist, und eine Analogie von jener Vorschrift paßt auf Fälle der vorliegenden Art nicht im Geringsten, weil mit einer Verschiedenheit der Zeit, zu welcher eine Erklärung abgegeben worden, ganz verschiedene rechtliche Wirkungen verknüpft sein können." ꝛc.

---

## Miscellen.

**Ernennungen, Anstellungen ꝛc.** Se. Majestät der König haben allergnädigst geruht, den Ober-Post-Rath Anton von Zahn mit Uebertragung des Vorsitzes in der Ober-Post-Direction zum Ober-Post-Director zu ernennen.

Se. Königliche Majestät haben den Secretair im Ministerio des Cultus und öffentlichen Unterrichts, Eduard Schreyer, unter Belassung in seiner Secretariatsfunction zum Referendar zu ernennen geruht.

---

**Orden.** Seine Königliche Majestät haben dem Oberrechnungsrath Friedrich August Milhauser in Anerkennung seiner langjährigen treuen und ersprießlichen Dienste das Ritterkreuz des Verdienstordens zu verleihen geruht.

Se. Majestät der König haben allergnädigst genehmigt, daß der Geheime Hofrath Albert Zenker, Ministerialrath im Ministerium des Königlichen Hauses, den von des Königs von Preußen Majestät ihm verliehenen rothen Adler-Orden 2. Classe annehme und trage.

Se. Königliche Majestät haben zu genehmigen geruht, daß der ordentliche Professor des deutschen Rechts an der Universität zu Leipzig, Hofrath Dr. Wilhelm Eduard Albrecht, das ihm verliehene Comthurkreuz des Großherzoglich Oldenburgschen Haus- und Verdienstordens annehme und trage.

Se. Königliche Majestät haben dem Geheimen Kirchen- und Schulrathe Dr. Conrad Benjamin Meißner aus Anlaß seines fünfzigjährigen Amtsjubiläums das Comthurkreuz zweiter Classe des Verdienstordens zu verleihen geruht.

---

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 65 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 63.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

### 134.

Die Frage, ob bei testamentarischen Dispositionen unter dem Ausdrucke „Kinder" lediglich die Descendenten ersten Grades, oder die Descendenten überhaupt, ohne Unterschied der Grade zu verstehen seien, ist eine quaestio facti, bei deren Beantwortung auf die sonst aus den Verhältnissen sich ergebende präsumtive Absicht des Testators zu sehen ist.

Mitgetheilt von
Herrn O. —r in —n.

Am 13. Juli 1852 verstarb Joh. Gottlieb R., Gutsbesitzer in N. Seine nächsten Anverwandten waren seine Frau, Anne Rosine geb. G., vier Geschwister, Joh. Gottfried R., Gutsbesitzer in N., Anne Regine R. verehel. K. in St., Johanne Sophie R. verehel. G. in W., Johanne Regine R. in W. und endlich Kinder und Enkel einer vorher verstorbenen Schwester, Eve Rosine R. verehel. gewesene N. in L.

Der Erblasser hatte nachstehendes Testament hinterlassen:

„N., am 8. Juli 1852.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Zu meiner Universalerbin ernenne ich hiermit meine Ehefrau,

Frau Anne Rosine R. geb. G.,

unter dem Titel der ehrenwerthen Erbeinsetzungsweise.

Aeltern habe ich nicht mehr, und Kinder oder Enkel habe ich ebenfalls nicht.

Dagegen treffe ich in Bezug auf meinen Nachlaß nachstehende Anordnungen:

1.

Ein halbes Jahr nach meinem Tode ist mein Grundstück nebst Inventarien, dafern ich nicht selbst noch den Verkauf bewirken sollte, entweder aus freier Hand oder im Wege der freiwilligen Subhastation zu verkaufen. Die Ausführung dieser Maaßregel überlasse ich lediglich meiner Frau, welche auch bei der Veräußerung aus freier Hand für einen annehmbaren Käufer besorgt sein wird.

Dagegen bleibt meiner Ehefrau rücksichtlich der etwa vorhandenen Vorräthe und meiner übrigen Mobilien die völlig freie Verfügung.

2.

Das, was aus meinen Grundstücken und den Inventarien bei deren Verkaufe gelöst werden wird, und nach Kürzung der Schulden, wozu auch 850 Thlr. —ˌ —ˌ Einbringen meiner Frau gehören, übrig bleibt, ist als ein Stamm zu betrachten, von welchem meine Frau für ihre Lebensdauer die Zinsen ohne Rechnungsablegung hierüber zu beziehen hat.

3.

Würde ich noch bei meinen Lebzeiten das Gut nebst Inventarien verkaufen, so wird dieser Stamm von den noch unbezahlten Gutskaufgeldern gebildet, während die etwa vorhandene Baarschaft, gleichviel ob darunter bezahlte Kaufgelder mit enthalten sind, lediglich meiner Ehefrau ohne irgend eine Beschränkung mit zufällt.

4.

Was den gedachten Stamm anbelangt, von welchem meine Frau auf Lebenszeit die Zinsen zu beziehen hat, so sollen nach dem Ableben der letzteren die eine Hälfte an meine Seitenverwandten, und die andere Hälfte an die Verwandten meiner Ehefrau fallen.

5.

Ueber die den Seitenverwandten meiner Frau zugedachte Hälfte kann dieselbe bei Lebzeiten auf den Todesfall völlig frei verfügen; ich überlasse ihr daher, ob sie in Bezug auf diesen Erbanfall eine letztwillige Bestimmung treffen, oder die gesetzliche Erbfolge eintreten lassen will.

6.

Dagegen finde ich in Berücksichtigung der ungleichen Vermögensverhältnisse meiner Verwandten für nöthig, dahin Anordnung zu treffen, daß die denselben zugedachte Hälfte mit

a) $\frac{1}{8}$ meinem Bruder, Joh. Gottfried R., oder dessen Nachkommen, zu R.,
b) $\frac{3}{8}$ meiner Schwester, Annen Rosinen K. zu St., oder deren Kindern,
c) $\frac{3}{8}$ meiner Schwester, Johannen Sophien G. zu W., oder deren Kindern, in letzterer Beziehung mit Ausnahme der verehel. G. zu St., welcher anderwärts her bereits Vermögen zugefallen ist, und
d) $\frac{1}{8}$ den Kindern meiner verstorbenen Schwester, Even Rosinen verehel. R. zu L., so wie den Enkeln derselben,

überlassen werde.

Zur Erläuterung bemerke ich hierbei, daß sonach bei der zweiten Hälfte des zu vertheilenden Stammes überhaupt vier Erbstämme nach den angegebenen Quoten betheiligt sind, und jeder Stamm unter sich nach der Kopfzahl die weitere Vertheilung zu bewirken hat, wiewohl, wie bereits erwähnt, mit Ausschließung der verehel. G. in St.

Eben so schließe ich meine dritte Schwester, Johanne Regine verehel. W. zu R., und deren Nachkommen von meiner Erbschaft aus, indem dieselbe in guten Vermögensverhältnissen sich befindet.

Weitere Bestimmungen habe ich nicht zu treffen, nur füge ich noch den Wunsch bei, daß mein Testament auf jede Weise aufrecht erhalten werde."

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Bei Eröffnung dieses Testamentes erklärte die Wittwe, sie behalte sich vor, einige der Seitenverwandten schon bei ihren Lebzeiten zu befriedigen, und namentlich bezeichnete sie als solche die verehel. K. in St. und die verehel. G. in W., welchen gegenüber sie sofort auf den Zinsengenuß verzichtete. Die Wittwe hatte bald darauf Gelegenheit gefunden, das Nachlaßgrundstück zum größern Theile gegen Baarzahlung zu verkaufen; es wurde hierauf zwischen ihr und den Fideicommißinteressenten ein Verhör gehalten, dessen Zweck darin bestand, die Raten der letzteren definitiv zur Ziffer zu bringen. Für die verehel. K. in St. und die verehel. G. in W. wurden die Raten auf circa 1000 Thaler für eine Jede derselben festgestellt, und es machte sich die Wittwe nochmals anheischig, diesen beiden Interessenten die betreffenden Raten sofort auszuzahlen; es hatte dieselbe auch bald darauf an den gemeinschaftlichen Sachwalter der gedachten zwei Interessenten einen Landrentenbrief von 1000 Thalern im Nominalwerth, in Abschlag auf die Fideicommißraten, übergeben. Als ihr jedoch von dem Gericht, welches von der Ansicht ausging, daß zu dem Fideicommisse die Descendenten aller Seitenverwandten ohne Unterschied der Grade berufen wären, die Sicherstellung der ganzen fideicommissarischen Vermögensmasse, mit Inbegriff der Antheile für die verehel. K. in St. und die verehel. G. in W., auferlegt wurde, lieferte sie den Ueberrest mit 1096 Thlrn. 20 Ngr. — zum gerichtlichen Depositum ein und bat dabei zugleich, offenbar in der Besorgniß, daß sie wegen der bereits bezahlten 1000 Thaler in die Gefahr kommen könnte, noch einmal zu deren Bezahlung angehalten zu werden, um Inhibition dieses Geldes bei dem Sachwalter der verehel. K. in St. und der verehel. G. in W. Diese Inhibition wurde auch verfügt, und es wurde der Sachwalter der beiden gedachten Fideicommißinteressenten auf seine Gegenvorstellung, worin er sich zu mehrerer Sicherheit die Quittung und Verzichtleistung der Kinder seiner *Machtgeberinnen* beizubringen, und wegen der Kinder, welche von diesen etwa noch geboren werden sollten, Caution zu bestellen, erbot, abfällig beschieden. Hiergegen appellirte der Sachwalter der mehrerwähnten beiden Schwestern des Erblassers, und eben so appellirte die verw. R. gegen die wiederholt verlangte Cautionsbestellung und Nichtbeachtung der von ihr geleisteten Zahlung.

Die Verordnung des Appellationsgerichts zu Dresden auf diese beiden Appellationen (15. April 1853) lautete also:

„Dem Königlichen Appellationsgericht allhier ist der Bericht vorgetragen worden, welchen das hiesige Landgericht in vor demselben anhängigen Nachlaßsachen Johann Gottlieb R.'s, auf die von dem Advocat Theodor R. zugleich im Namen und Auftrage Johannen Sophien G. geb. R. und Annen Rosinen K. geb. R. wider Abschlagung ihres Bl. — der miteingesendeten, anbei wieder zurückfolgenden Acten Rep. III. $\frac{\text{Lect. I.}}{\text{Cap. I.}}$ Lit. R. Nr. 5. auf Wiederaufhebung der Bl. — an Ersteren erlassenen Inhibition gerichteten Gesuchs Bl. — eingewendete Berufung, sowie in Betreff der von Annen Rosinen verw. R. geb. G. Bl. — wegen der ihres Bl. — erhobenen Widerspruchs ungeachtet ihr aufgegebenen

Sicherſtellung der nach ihrem Ableben den Fideicommißintereſſenten künftig zufallenden Erbtheile aus dem R.'ſchen Nachlaſſe eingewendete Appellation unter dem ꝛc. Anher erſtattet hat.

Anlangend nun zuvörderſt die von dem Advocat N. und deſſen obgenannten Machtgeberinnen eingewendete Berufung, ſo hat ſie das Königliche Appellationsgericht für begründet anzuſehen nicht vermocht, dieſelbe vielmehr, wie hiermit geſchieht, und zwar aus folgenden Gründen zu verwerfen beſchloſſen:

Johann Gottlieb R. hat in ſeinem Bl. — befindlichen Teſtamente angeordnet, daß von dem bei dem Verkaufe ſeiner Grundſtücke nach Abzug der Schulden verbleibenden Capitale ſeine Ehefrau für ihre Lebenszeit die Zinſen beziehen, nach deren Ableben aber die eine Hälfte dieſes Capitals an ſeine Verwandten, die andere Hälfte deſſelben an die Seitenverwandten ſeiner Ehefrau fallen ſolle. Von der nach dem Tode der verwittweten R. den Verwandten des Teſtirers anfallenden Capitalshälfte erhalten nach Bl. — $\frac{3}{8}$ Anne Roſine K. oder deren Kinder, ingleichen $\frac{5}{8}$ Johanne Sophie G. oder deren Kinder.

Im Allgemeinen nun iſt davon auszugehen, daß nach der gewöhnlichen Sprachweiſe unter dem Ausdrucke „Kinder" ſowohl die Abkömmlinge des erſten, als auch die der entfernteren Grade verſtanden zu werden pflegen, wie denn auch bereits im römiſchen Rechte der Ausdruck „liberi" in vielen Fällen gleichbedeutend mit Deſcendenten überhaupt gebraucht wird,

cfr. l. 56. §. 1. l. 84. D. de verb. signif. (L. 16.)
l. 15. 16. §. 2. l. 17. pr. §. 1. D. de legat. et fideicomm. (XXX. 1.)

ſo daß insbeſondere bei letztwilligen Verfügungen unter den „liberis", wenn nicht ſonſt zu erſehen iſt, daß der Teſtirer nur Deſcendenten des erſten Grades gemeint habe — „nisi voluntas testatoris aliter se habeat", wie es in l. 220. §. 1. D. de verborum significatione heißt —, die Deſcendenten jeden Grades zu verſtehen ſind. Im vorliegenden ſpeciellen Falle aber liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß der Erblaſſer, falls noch vor dem Ableben ſeiner Ehefrau eine ſeiner beiden obgenannten Schweſtern und deren Kinder verſterben ſollten, die etwaigen Enkel ſeiner Schweſtern von der von ihm angeordneten Succeſſion habe ausſchließen wollen, vielmehr ſpricht die Vermuthung dafür, daß der Erblaſſer unter dem Ausdrucke „Kinder" auch die Enkel mit habe verſtanden wiſſen wollen, zumal er an einigen andern Stellen ſeines Teſtaments bei ähnlichen Dispoſitionen nach Bl. — ſich des allgemeinen Ausdrucks „Nachkommen" hinſichtlich der Deſcendenten ſeiner Geſchwiſter bedient und durch die vorausgegangene allgemeine Dispoſition Bl. — ſchon ſeine Abſicht, das angeordnete Fideicommiß überhaupt ſeinen Seitenverwandten zukommen laſſen zu wollen, deutlich zu erkennen gegeben hat. Es liegt ſomit ein Fideicommiß vor, bei welchem zur Zeit noch unbekannte Intereſſenten betheiligt ſind, indem außer den beiden Schweſtern des Erblaſſers und deren Kindern dennoch die Deſcendenten der Letzteren, ſoviel deren zur Zeit des künftigen Todes der verwittw. R. am Leben ſind, im Falle vorherigen Ablebens ihrer beziehentlichen Aeltern und Großmütter ein eventuelles teſtamentariſches Anrecht daran haben würden. Nach alledem aber kann die Namens der Kinder der beiden obgenannten Schweſtern des Erblaſſers Bl. — angebotene Einwilligung derſelben in die ſofortige Auszahlung des erſt nach dem Tode der verwittw. R. fälligen Erbantheiles an ihre Mütter und ſelbſt ein von jenen hierbei zu erklärender Verzicht auf alle ſpäter etwa zu erhebenden Anſprüche, bei der Ungewißheit, ob dieſe Kinder zur Zeit des Anfalls der Erbſchaft noch am Leben ſein werden, und in der Erwägung, daß deren Kinden hinwiederum, alſo den Enkeln der Schweſtern des Erblaſſers, darauf, daß ihnen das Succeſſionsrecht in das Fideicommiß reſervirt bleibe, ein durch Erklärung ihrer Eltern ihnen nicht entziehbares Recht zuſteht, für genügend zu Wahrung der Rechte der eventuellen Fideicommißberechtigten nicht erachtet werden, und es erſcheint ohne vollſtändige, durch Realcaution zu bewirkende Sicherſtellung wegen der künftigen Reſtitution des Fideicommiſſes an die bei deſſen Anfall lebenden, vom Teſtirer dazu berufenen Perſonen, der Nachlaßbehörde gegenüber, weder die verwittw. R. zu der jetzt ſchon zu bewirkenden Auszahlung des Fideicommiſſes an die beiden Schweſtern des Erblaſſers, noch die letzteren zur Annahme dieſes Geldes berechtigt.

Das Königliche Appellationsgericht hat daher die auf Antrag der verwittw. R. Bl. — an den Advocat N. Bl. — erlaſſene Inhibition im Betreff der von Erſterer auf den künftigen Erbantheil der Schweſtern des Erblaſſers oder deren Kinder bereits bezahlten Tauſend Thaler, immaaßen auch ein erhebliches formelles Bedenken dagegen nicht vorliegt, aufrecht zu erhalten beſchloſſen; es hat jedoch das ermeldete Landgericht, wie hierdurch an daſſelbe verordnet wird, um einen jeden wider deſſen Competenz und die Wirkung der erlaſſenen Inhibition etwa zu erhebenden Einwand zu beſeitigen, annoch die perſönliche Obrigkeit des Advocat N., das hieſige Stadtgericht, mit thunlichſter Beſchleunigung zu requiriren,

und daſſelbe um Erlaß einer nochmaligen inhibitoriſchen Verfügung an den Advocat R. anzugehen.

Auf gleiche Weiſe hat aber auch das Königliche Appellationsgericht die von der verwittw. R. Bl. — eingewendete Berufung, in der Erwägung, daß derſelben die Sicherſtellung der fideicommiſſariſchen Erbſchaft in dem Teſtamente ihres Ehemannes in keiner Weiſe erlaſſen worden iſt, ſonach dieſe Sicherſtellung im Intereſſe derjenigen, welche nach ihrem Ableben auf die Erbſchaft ein Anrecht haben, in Gemäßheit der Beſtimmung in §. 4. der Erl. Proc.-Ordn. ad tit. XLV. nach dem Umfange des geſammten Fideicommiſſes Amtshalber zu erfolgen hat, als völlig unbegründet, wie hiermit geſchieht, zu verwerfen beſchloſſen.

Zugleich wird aber das ernannte Landgericht hierdurch angewieſen, unerwartet der von der verwittw. R. wegen der Sicherſtellung des Fideicommiſſes zu machenden Vorſchläge und vorbehältlich ſpäterer Wiederaufhebung dieſer Maaßregel nach vollſtändiger Regulirung dieſer Angelegenheit und Beſtellung anderweiter Sicherheit, ſeinerſeits Amtshalber, wie es demſelben nach der angezogenen Vorſchrift der Erl. Proc.-Ordnung in Verbindung mit §. 11. des Mandats vom 30. October 1826, die Eröffnung und Bekanntmachung der gerichtlich erklärten, oder niedergelegten letzten Willen betreffend, und §. 39. des Geſetzes, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betreffend, vom 6. November 1843 ſofort nach Eröffnung des R.'ſchen Teſtaments obgelegen hätte, dafür Sorge zu tragen, daß die geſammte, der fideicommiſſariſchen Beſtimmung unterliegende Vermögensmaſſe, bei welcher annoch der Werth der von der verwittw. R. Bl. — unter Nr. 4. vorbehaltenen Herberge, welcher unter Berückſichtigung des Bl. — unter Nr. 5. beſtimmten Aequivalents und des Alters der verwittw. R. annoch zu ermitteln iſt, in Aufrechnung zu bringen, in Gemäßheit der obangezogenen geſetzlichen Beſtimmungen auf den R.'ſchen Nachlaßgrundſtücken, dafern, wie nach den vorliegenden Acten zu vermuthen ſteht, der neue Erwerber derſelben als Beſitzer noch nicht eingetragen iſt, in die III. Rubrik hypothekariſch eingetragen, und hierbei die beiden davon den Seitenverwandten des Erblaſſers einerſeits und den Verwandten der verwittw. R. andererſeits dereinſt zufallenden Hälften eine jede für ſich ungetheilt und als Ganzes ſichergeſtellt werde, immaaßen bei der Unbeſtimmtheit der dereinſt bei dem Ableben der verwittw. R. vorhandenen Erbberechtigten eine Vertheilung und Berechnung dieſer beiden Hälften gegenwärtig ſich als nicht ausführbar darſtellt, und bleibt übrigens denjenigen, welche durch die zeitherige Vernachläſſigung jener Amtshalber zu beobachtenden Vorſchrift Seiten des Landgerichts etwa in rechtlichen Nachtheil gekommen ſein oder noch kommen könnten, die Ausführung ihrer diesfallſigen Schädenanſprüche, inſoweit und gegen wen ſie ſich damit fortzukommen getrauen, vorbehalten.

Dem Vorſtehenden gemäß hat das ermeldete Landgericht, wie hierdurch fernerweit an daſſelbe verordnet wird, die Betheiligten, beziehentlich unter Abweiſung mit den gebrauchten Rechtsmitteln zu beſcheiden, dieſelben zu antheiliger Abſtattung der durch ihre unbegründeten Rechtsmittel verurſachten Koſten anzuhalten und das ſonſt in der Sache Erforderliche zu verfügen und zu beſorgen."

Gegen dieſe Verordnung appellirten die ſämmtlichen Intereſſenten nochmals; es wurde hierauf Bericht an das Oberappellationsgericht erſtattet, und dieſes ordnete an, daß über die Frage, ob unter den Nr. 6. des von Johann Gottlieb R. errichteten Teſtaments sub b. und c. gedachten Kindern Annen Roſinen K. und Johannen Sophien G. auch die Enkel zu verſtehen, und ob daher das erlaſſene Zahlungsverbot aufrecht zu erhalten, oder der verwittw. Anne Roſine R. die Bl. — erforderte Sicherſtellung auch hinſichtlich der Erbtheile der Bl. — unter b. und c. genannten Schweſtern des Teſtirers anzuſinnen ſei, rechtliches Erkenntniß eingeholt werden ſollte.

Zu dieſer Verordnung waren nachſtehende Gründe gegeben:

„Johann Gottlieb R. hat in ſeinem Teſtamente ſeine Ehefrau zur Univerſalerbin eingeſetzt, dabei aber verordnet, daß ſie von dem Erlöſe des zu verkaufenden Erbgrundſtücks nur die Zinſen auf Lebenszeit beziehen, der Capitalſtamm dagegen nach ihrem dereinſtigen Ableben zur einen Hälfte den Seitenverwandten zufallen ſolle. Die erſteren hat er dabei §. 6. des Teſtaments unter a. bis d. einzeln aufgeführt, und bei b. und c. beſtimmt, daß $\frac{2}{3}$ der betreffenden Hälfte ſeiner Schweſter, Anne Roſine K., oder deren Kindern, und eben ſo viel ſeiner zweiten Schweſter, Johanne Sophie G., oder deren Kindern überlaſſen werden ſollen. Dieſer letzte Wille iſt von allerſeits Intereſſenten anerkannt worden. Doch hat die Wittwe und Univerſalerbin ſich entſchloſſen, zum Beſten der nurgenannten beiden Schweſtern auf den ihr beſchiedenen Zinſengenuß zu verzichten, und denſelben ihre Erbtheile, einer jeden mit 988 Thalern —. —., ſofort auszuzahlen, was dieſe auch beſtens acceptirt haben. Und darin, daß dieſer Uebereinkunft nachgegangen werde, ſind alle Theile einverſtanden. Demgemäß hat nun auch die Wittwe an den Sachwalter der K. und G., Advocat Theodor R., einen

Landrentenbrief, zum Nominalwerthe von 1000 Thlrn. —ˢ —ˢ, übergeben. Nachdem ihr jedoch sol. — von Gerichtswegen die Sicherstellung der ganzen fideicommissarischen Vermögensmasse, mit Inbegriff der hier fraglichen Antheile, auferlegt worden war, hat sie den Ueberrest mit 1096 Thlrn. 20 Ngr. —ˢ sol. — zum gerichtlichen Depositum eingeliefert, und dabei zugleich offenbar in der Besorgniß, daß sie wegen der bereits angezahlten 1000 Thlr. —ˢ —ˢ in die Gefahr kommen könnte, noch einmal zu deren Gewährung angehalten zu werden, um Inhibition dieses Geldes bei dem Advocat R., welcher den Landrentenbrief bereits versilbert habe, gebeten. Diese Inhibition ist auch hierauf sol. — verfügt, und es ist Advocat R. auf seine Gegenvorstellung, worin er sich zu mehrerer Sicherheit erbot, die Quittung und Verzicht auch der Kinder seiner Machtgeberinnen beizubringen, sol. — abfällig beschieden worden. Hiergegen ist von R. sol. —, von der verwittw. R. aber gegen die wiederholt verlangte Cautionsbestellung und Nichtbeachtung der von ihr geleisteten Zahlung, sol. — Berufung eingewendet worden. Beide Berufungen sind in zweiter Instanz sol. — verworfen worden, und gegen diese Entscheidung liegen anderweite Appellationen allhier zur Entscheidung vor.

Die vorige Instanz ist hauptsächlich von der Ansicht ausgegangen, daß die fideicommissarische Verfügung des Erblassers in den Worten: „oder deren Kindern" nicht blos die Kinder im eigentlichen Sinne des Wortes betreffe, sondern auch zum Besten der Enkel, selbst der noch nicht vorhandenen, gestiftet sei, daß daher das Interesse der letzteren in Obacht zu nehmen, und selbst die ausdrückliche Zustimmung der Kinder nicht geeignet sei, den Enkeln etwas an ihren Rechten zu vergeben. Diese Ansicht ist jedoch keineswegs für zweifellos zu achten. Schon an sich ist es unter den Rechtslehrern bestritten, ob dasjenige, was das römische Recht von dem ausgedehnten Begriffe von liberi bestimmt, auf den deutschen Ausdruck „Kinder" so ohne Weiteres angewendet werden könne, zumal wenn es sich nur um die Kinder von Seitenverwandten handelt, und es ist sich hierin auch die Praxis nicht gleich geblieben.

Gottschalk, sel. discept. for., T. III. cap. 4. part. 63 sq. ed. 2.

Pufendorf, Tom. III. obs. 4.

Sodann wird aber auch zu untersuchen sein, ob aus dem übrigen Inhalte des R.'schen Testaments, namentlich aus der Bestimmung unter d. sol. —, wo in Betreff einer vor dem Testirer verstorbenen Schwester neben den Kindern derselben auch ihrer Enkel ausdrücklich gedacht wird, ein Schluß auf die entgegengesetzte Absicht des Testirers gezogen werden könne. Von dieser Frage hängt es ab, ob die unter den Interessenten vereinbarte Vorausbezahlung der K.'schen und G.'schen Erbtheile rechtlich statthaft sei oder nicht, und ob Grund genug vorhanden sei, die genannten beiden Schwestern und ihre Kinder, in der Disposition über die ihnen hinterlassenen Erbtheile, bis zum künftigen Ableben der Wittwe, auf dem in den vorigen Instanzen eingeschlagenen Wege zu behindern. Hierüber durch bloße Resolution zu entscheiden, fällt bedenklich, und es ist daher die Anberaumung eines Inrotulationstermins und rechtliches Erkenntniß anzuordnen gewesen. Immittelst hat das sol. — erlassene Zahlungsverbot fortzubestehen, wohingegen, so lange dieses der Fall ist, von dem an die Appellantin R. gestellten Verlangen einer Caution, in Hinsicht der hier fraglichen Summe, abgesehen werden mag. Doch kann sich auch das erstere erledigen, wenn die künftige Entscheidung zum Vortheil der Appellanten ausfallen sollte.

Die Unkosten ꝛc."

Die Erkenntnisse, die hierauf in der Sache ergangen sind, haben gewechselt. Das erste, von dem Spruchcollegium zu Leipzig gesprochen, nahm an, daß unter dem Ausdrucke „Kinder" im vorliegenden Falle die Enkel nicht mit verstanden werden könnten. Dasselbe lautete also:

„In Sachen, Johann Gottlieb R.'s Nachlaß betreffend, des für die Enkel Annen Rosinen K. und Johannen Sophien G. bestellten Vertreters, Impetrantens an einem, Annen Rosinen verwittw. K., Impetratin am andern, Annen Rosinen K. und Johannen Sophien G., Mitimpetraten am dritten Theile, erkennt ꝛc.

Weil, wie bereits sol. — angegeben, Inhalts der sol. — zu lesenden Verordnung des Königlichen Oberappellationsgerichts gegenwärtig darüber entschieden werden soll, ob unter den in §. 6. des von Johann Gottlieb R. errichteten, sol. — in beglaubter Abschrift ersichtlichen Testaments sub b. und c. gedachten Kindern Annen Rosinen K. und Johannen Sophien G. auch die Enkel mit zu verstehen, und ob daher das erlassene Zahlungsverbot aufrecht zu erhalten, oder der verwittweten Anne Rosine R. (Impetratin) die sol. — erforderte Sicherstellung, auch hinsichtlich der Erbtheile der sol. — unter b. und c. genannten Schwestern des Testirers anzusinnen sei;

nun aber, wenn schon nicht bezweifelt werden mag, daß das römische Recht unter dem Ausdrucke „liberi" in der Regel nicht blos die Kinder im eigentlichen engern Sinne, sondern die Descendenten überhaupt begreift,

cfr. L. 56. §. 1. L. 220. pr. D. de verbor. signif. (50. 16.)
L. 10. D. de senator. (1. 9.)
L. 10. §. 9. D. de in jus vocando. (2. 4.)
L. 2. §. 3. D. qui satisd. cog. (2. 8.)
L. 48. D. solut. matrim. (24. 3.)
L. 10. §. 7. D. de gradib. et affin. (38. 10.)
§. 5. J. qui testam. tutor. (1. 14.)
Brissonius, de verborum significatione sub voc. „liberi".
Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, sub voce „liber."

doch ganz abgesehen noch von der Frage, ob von dem deutschen Worte „Kinder" dies ebenfalls gesagt, also überhaupt angenommen werden könne, daß, wenn z. B. in einem Testamente der Ausdruck „Kinder" gebraucht worden, hierunter, und namentlich auch dann, wenn es sich um die Kinder von Seitenverwandten handelt, im Zweifelsfalle auch die entfernteren Abkömmlinge mit zu verstehen seien, eine Frage, welche nicht unbestritten ist,

cfr. Gottschalk, discept. forens., tom. III. cap. IV. pag. 55 sqq.

jedenfalls so viel gewiß ist, daß jenes Wort: „Kinder" dann in seiner engeren Bedeutung, und also so, daß es nur die Descendenten des ersten Grades bezeichnet, aufgefaßt werden müsse, wenn erhebliche Gründe dafür vorhanden sind, daß der, welcher solches angewendet, es wirklich nur in der engern Bedeutung gebraucht habe;

und nun, was den vorliegenden Fall anlangt, allerdings sehr wesentliche Momente dafür sprechen, daß der Testator R. den Ausdruck: „Kinder" in §. 6. sub b. und c. seines Testaments nur von den Kindern im eigentlichen Sinne verstanden wissen wollen, indem

1.

R. gleich im Eingange seines Testaments, nachdem er seine Ehefrau zur Universalerbin eingesetzt, erklärt:

„Aeltern habe er nicht mehr, und Kinder oder Enkel habe er ebenfalls nicht,"

hiernach aber, und da also gleich von vornherein zwischen Kindern und Enkeln unterschieden worden, unverkennbar eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden ist, daß der Testator auch im weiteren Contexte seines letzten Willens unter dem Ausdrucke „Kinder" die Enkel nicht mit begriffen habe;

2.

der §. 6. des R.'schen Testaments in seiner ersten Hälfte wörtlich dahin lautet:

„dagegen finde ich in Berücksichtigung der ungleichen Vermögensverhältnisse meiner Verwandten für nöthig, dahin Anordnung zu treffen, daß die denselben zugedachte Hälfte mit

a) ⅛ meinem Bruder, Johann Gottfried R., oder dessen Nachkommen, zu R.,
b) ⅜ meiner Schwester Annen Rosinen K. zu St., oder deren Kindern,
c) ⅜ meiner Schwester Johannen Sophien G. zu W., oder deren Kindern, in letzterer Beziehung mit Ausnahme der verehel. G. zu St., welcher anderwärts her bereits Vermögen zugefallen ist, und
d) ⅜ den Kindern meiner verstorbenen Schwester, Even Rosinen verehel. R. zu L., sowie den Enkeln derselben,

überlassen werde";

hiernach also der Testator da, wo er unzweifelhaft auch die entfernteren Abkömmlinge seiner Geschwister berücksichtigt wissen wollen, sich des Ausdrucks „Kinder" entweder gar nicht, oder doch nur in Verbindung mit dem Ausdrucke „Enkel" bedient hat, so daß um so mehr angenommen werden muß, es seien unter den „Kindern" sub b. und c. nur die „Kinder" im engeren Sinne gemeint gewesen, als unter allen Umständen eine wenigstens nicht zu vermuthende Ungenauigkeit im Ausdrucke vorliegen würde, wenn unmittelbar hinter einander der nämliche Begriff einmal durch „Kinder", das andere Mal durch „Kinder und Enkel" bezeichnet worden wäre;

so sind unter den in §. 6. des R.'schen Testaments sub b. und c. erwähnten Kindern Annen Rosinen K. und Johannen Sophien G. deren Enkel oder entferntere Abkömmlinge nicht zu verstehen: derowegen auch Impetratin nicht zu behindern, der K. und G. dafern dieselben dem Erbieten fol. — gemäß die Einwilligung und Verzichtleistung ihrer am Leben befindlichen Kinder im engern Sinne beibringen, nicht minder wegen der von ihnen etwa noch zu gebärenden Kinder Sicherheit stellen, das ihnen in jenem Testamente Beschiedene schon jetzt auszuzahlen. Es erledigt sich auch solchenfalls die der Impetratin wegen der Erbtheile der K. und G. angesonnene Sicherstellung, so wie das fol. — erlassene Zahlungsverbot.

Die durch die Differenz erwachsenen Kosten werden billig zwischen den Parteien aufgehoben, wiewohl dergestalt, daß die zu dem Antheile des Impetranten entstandenen von der K. und G., deren Interesse dabei hauptsächlich in Frage gekommen, mit zu übertragen sind."

Dieses Urthel wurde jedoch von dem Appellationsgericht zu Dresden reformirt, indem erkannt wurde:

„Daß es bei dem Bl. — zu lesenden, am 26. November 1853 bekannt gemachten Urthel, soviel die Hauptsache betrifft, nicht, und was den Kostenpunkt anlangt, nicht allenthalben zu lassen, sondern es sind unter den in §. 6. des Testaments Johann Gottlieb R. erwähnten, zur Nachfolge in das daselbst in Verbindung mit §. 2. und 4. errichtete Fideicommiß berufenen Kindern Annen Rosinen K. und Johannen Sophien G. auch deren Enkel mit für einbegriffen zu achten, derowegen es nicht nur bei dem Bl. — erlassenen Zahlungsverbote bewendet, sondern auch Impetratin zu Leistung der Bl. — erforderten Sicherstellung hinsichtlich der in dem R.'schen Testamente §. 6. unter b. und c. der Mitimpetratin am dritten und Mitimpetratin am vierten Theile, oder deren beiderseitigen Kindern beschiedenen Antheile des dort gedachten Fideicommisses mit anzuhalten, dem Antrage der Mitimpetratinnen am dritten und vierten Theile aber auf Ausantwortung dieses Theiles des Nachlasses an sie, ohne vorgängige Cautionsleistung für das Interesse ihrer Enkel oder entfernteren Abkömmlinge, auch wenn sie die Bl. — anerbotene Erklärung ihrer am Leben befindlichen Kinder beibringen und wegen ihrer etwa noch zu gebärenden Kinder des ersten Grades Sicherheit bestellen sollen, Seiten der Nachlaßbehörde nicht Statt zu geben ist. Hiernächst bewendet es zwar bei der Bl. — ausgesprochenen Compensation der durch diese Differenz erwachsenen Kosten, es sind jedoch die zu dem Antheile des Impetranten erwachsenen Kosten aus dem den Mitimpetratinnen am dritten und vierten Theile oder deren Kindern fideicommissarisch beschiedenen Antheile des R.'schen Nachlasses zu entnehmen. Die durch die gebrauchten Rechtsmittel entstandenen Kosten werden zwischen den Parteien gegeneinander aufgehoben.

## Entscheidungsgründe.

### I.

### Die Hauptsache betreffend.

In den römischen Rechtsquellen ist theils in vielfachen einzelnen Anwendungen, theils als allgemeine Regel

fr. 56. §. 1. fr. 220. pr. D. de verb. sign. (L. 16.)

der Grundsatz aufgestellt, daß, wo in den Gesetzen oder in Privatwillenserklärungen, insbesondere auch in letztwilligen Dispositionen, der Ausdruck „liberi" gebraucht und Verfügungen in Betreff der „liberi" einer Person getroffen worden sind, welche nicht zu Gunsten bestimmter, dabei namentlich genannter Personen oder der Abkömmlinge eines bestimmt dabei bezeichneten Grades gereichen sollen, im Zweifel darunter alle Descendenten dieser Person, auch die Enkel und entfernteren Abkömmlinge mit zu verstehen sind. Es beschränkt sich aber dieser Grundsatz nicht blos auf den Ausdruck „liberi", sondern es ist dieselbe Regel in

fr. 104. D. de verb. sign.

auf das griechische Wort „τεκνα", was daselbst mit nati übersetzt wird, und in

fr. 84. fr. 201. fr. 220. §. 1. 3. Dig. eod.

auch auf das Wort „filii" erstreckt. Zwar findet sich in einer andern Gesetzstelle

§. 5. J. qui dari tutores testamento possunt. (I. 14.)

in Bezug auf die testamentarische Bestellung von Vormündern für die filii des Testators die entgegengesetzte Annahme ausgesprochen, mit dem Beisatze: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Allein es wird von den Interpreten

vergl. Schrader, corp. jur. civ., tom. I. ad loc. Inst. cit. verb.: quodsi „nepotes" not., p. 103.

mit Recht bemerkt, daß jener in den angezogenen Pandektenstellen ganz allgemein ausgedrückten Regel gegenüber diese Entscheidung als eine singuläre, blos bei der testamentarischen Bestellung von Vormündern gültig zu behandeln sei, deren Grund nicht vollständig erhellt und welche daher auf andere Fälle, und namentlich auf solche, wo es sich um den Erwerb von Rechten für die Abkömmlinge einer Person handelt, nicht analog sich anwenden läßt.

Die zuletzt angezogene Gesetzstelle zeigt zugleich deutlich, daß der obengedachten allgemeinen Regel nicht blos die grammatische Bedeutung der Worte zu Grunde liegt, sondern dabei, wie auch in l. 220. §. 3. D. de verb. sign. angedeutet ist, ein logisches Moment mit in Betracht gezogen ist. Denn die grammatische, als die gewöhnliche, im gemeinen Leben gebräuchlichere Bedeutung des Wortes filii war, wie aus §. 5. J. cit. erhellt, auch bei den Römern auf die Abkömmlinge des ersten Grades beschränkt. Demungeachtet wurde bei Verfügungen zu Gunsten der filii einer Person dieser Ausdruck, nisi voluntas testatoris aliter se habeat, wie es in

l. 220. cit. D.

heißt, auf die Enkel mit erstreckt, weil zu vermuthen ist, daß, wo einmal der Wille dahin ging, für die Nachkommen einer Person zu sorgen, der Testator alle, auch die in entfernterem Grade von ihr abstammenden, mit gleicher Liebe umfaßt und seine Fürsorge derselben in gleicher Maaße habe angedeihen lassen wollen.

Ein ähnliches inneres, auf der zu vermuthenden Absicht des Testators beruhendes Motiv kann auch den in l. 220. §. 1. D. de verb. signif. und fr. 41. §. 5. D. de legat. III. (XXXII.) enthaltenen Bestimmungen untergelegt werden, wo die Frage bejahend

entschieden wird, ob, wenn Jemand einen Sclaven mit seinen „filiis“ einer dritten Person vermacht hat, darunter auch die Enkel mit begriffen seien. Denn auch hier mag die Rücksicht obgewaltet haben, daß nicht zu vermuthen sei, der Testator habe die Familien auseinander reißen und einzelne ungleich und dadurch härter als andere behandeln wollen. Es ergiebt sich ferner aus diesen Entscheidungen, daß nach dem Sinne derselben die ausdehnende Interpretation des Worts filii nicht blos Platz greifen soll, wo es sich um Verfügungen zu Gunsten der eignen Descendenz des Testators, sondern auch in Betreff der Abkömmlinge einer dritten Person handelt.

Der Unterschied, welchen manche Rechtslehrer darauf setzen, ob eine letztwillige Bestimmung zu Gunsten der eignen Abkömmlinge des Testators oder dritter Personen, insbesondere, wie im vorliegenden Falle, seiner Geschwister in Frage steht, kann daher für begründet nicht erachtet werden.

Eben so wenig kann man die Bedenken theilen, welche gegen eine analoge Anwendung jener im römischen Rechte ertheilten Auslegungsvorschriften, auf das deutsche Wort „Kinder“ in Fällen, wo ein Testator, ohne die Personen näher zu bezeichnen, zu Gunsten der Kinder einer Person letztwillige Bestimmungen getroffen hat, von manchen Seiten erhoben worden sind.

Denn das Wort „Kinder“ wird zwar häufig gebraucht, um die Abkömmlinge des ersten Grades zu bezeichnen. Es läßt sich aber ganz gewiß nicht leugnen, daß dasselbe oft auch in weiterer Bedeutung vorkommt, um die sämmtlichen Personen zu bezeichnen, welche von einer Person abstammen. Jedenfalls ist die erstgedachte beschränktere Bedeutung desselben keine prägnantere, als die des römischen „filius“ oder „filii“, von welcher doch nach Obigem ganz so, wie bei dem umfassenderen „liberi“ obigen Gesetzstellen zufolge im Zweifel in solchen Fällen angenommen werden muß, daß darunter die Enkel mit begriffen seien. Das obenerwähnte, auf der vermuthlichen Absicht des Testators beruhende Moment aber, daß, wer einmal für die Kinder einer Person in ihrer Gesammtheit sorgen wollte, auch die entfernteren Abkömmlinge nicht werde haben ausschließen wollen, leidet hier ebenfalls ganz gleiche Anwendung.

Das Appellationsgericht zu Dresden hat daher bereits in mehreren ähnlichen zu seiner Entscheidung gelangten Fällen,

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1845. nr. 37. 116. S. 295.

in Uebereinstimmung mit der Ausführung bei

Gottschalk, sel. disc. for., Tom. III. c. 4. p. 63 sq.,

welcher zugleich den damit im Einklang stehenden Gerichtsbrauch des vormaligen Appellationsgerichts bezeugt, die Ansicht festgehalten, daß bei letztwilligen Verfügungen, so lange keine entgegenstehende Absicht des Testators erhellt, unter „Kindern“ auch Enkel oder entferntere Descendenten mit zu verstehen seien, und es findet von dieser Meinung abzugehen auch im gegenwärtigen Falle keine Veranlassung.

(Schluß folgt in der nächsten Nummer.)

## Miscellen.

**Anzeige neu ergangener Gesetze und Verordnungen.** Das 15. und 16. Stück des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Königreich Sachsen (v. J. 1854) enthält: No. 77. Decret wegen Bestätigung der Sparcassenordnung für die Stadt Königsbrück; vom 31. August 1854. No. 78. Decret wegen Bestätigung der abgeänderten Statuten des Gewerbevereins zu Annaberg; vom 2. October 1854. No. 79. Bekanntmachung, die Uebergangsabgaben betreffend; vom 17. October 1854. No. 80. Verordnung, die Bekanntmachung der mit der Herzoglich Sachsen-Coburg-Gothaischen Regierung getroffenen Uebereinkunft *wegen Abänderung* des Art. 45. der Convention über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe vom $\frac{\text{10. Juni}}{\text{19. Juli}}$ 1848 betreffend; vom 6. October 1854. No. 81. Verordnung an sämmtliche Polizeiobrigkeiten, die Einlieferung von Correctionären in die Landescorrectionsanstalten betreffend; vom 4. October 1854. No. 82. Verordnung, den Steuererhebungssatz für den aus Rübensyrup und Rüben bereiteten Branntwein betreffend; vom 19. October 1854. — Letzte Absendung: am 28. October 1854.

**Anstellungen bei Patrimonialgerichten.** Der Advocat Adolph Herrmann Temper zu Werdau ist als Verwalter der Pfarrgerichte zu Steinpleis, sowie der Gerichte zu Niedersteinpleis und der Gerichte zu Untersteinpleis angestellt worden.

Der Gerichtsactuar Theodor Eduard Richter zu Leipzig ist als Verwalter der Gerichte zu Gautzsch in Pflicht genommen worden.

Der Advocat Eduard Arthur Roux in Leipzig ist als Verwalter der Gerichte zu Zöbigker mit Prödel in Pflicht genommen worden.

**Todesfälle.** Gestorben: am 24. October 1854 der Landgerichtsactuar Friedrich August Witschel in Dresden; am 31. October 1854 der Appellationsrath Dr. Christian Ludwig von Stieglitz in Dresden.

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

Von diesem Wochenblatte erscheinen jährlich 64 Nummern zu 1 Quartbogen und außerdem am Jahresschlusse ein ausführliches Register.

# Wochenblatt
für
# merkwürdige Rechtsfälle,
in actenmäßigen Darstellungen
## aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung
zunächst für das
## Königreich Sachsen.

Alle Postämter u. Buchhandlungen übernehmen Bestellungen und liefern das Quartal zu dem praenumerando zu entrichtenden Preise von 1 Thaler.

Verlag von **Bernhard Tauchnitz** in Leipzig.

**№ 64.** Neue Folge Zweiter Jahrgang. **1854.**

Die Frage, ob bei testamentarischen Dispositionen unter dem Ausdrucke „Kinder" lediglich die Descendenten ersten Grades, oder die Descendenten überhaupt, ohne Unterschied der Grade zu verstehen seien, ist eine quaestio facti, bei deren Beantwortung auf die sonst aus den Verhältnissen sich ergebende präsumtive Absicht des Testators zu sehen ist.

Mitgetheilt von
Herrn O. —r in —n.

(Schluß des S. 504. abgebrochenen Rechtsfalles.)

Die Momente, welche in voriger Instanz für eine entgegengesetzte Auslegung der hier in Frage befangenen Stelle des Testaments Johann Gottlieb R.'s, wie solches Bl. — zu lesen, geltend gemacht worden sind, haben zwar auf den ersten Anschein einiges Gewicht, können jedoch für durchschlagend bei näherer Erwägung doch nicht betrachtet werden.

Sie laufen darauf hinaus, daß der Testator an zwei andern Stellen seines Testaments, nämlich im Eingange desselben und im §. 6. unter d. der Enkel neben den Kindern ausdrücklich gedacht habe, daher angenommen werden müsse, er habe das Wort „Kinder" nur im engeren Sinne genommen, weil sonst eine nicht zu vermuthende Ungenauigkeit im Ausdrucke vorliegen würde, wenn unmittelbar hinter einander der nämliche Begriff einmal durch „Kinder" und das andere Mal durch

„Kinder und Enkel"

ausgedrückt werde.

Allein wenn schon das Vorhandensein einer solchen Ungenauigkeit und Undeutlichkeit im Ausdruck unbedenklich zugestanden werden kann, so folgt doch daraus noch nicht, daß der Richter bei Auslegung des R.'schen Testaments schlechterdings als Präsumtion festhalten müsse, daß den Verfasser des Testaments der Vorwurf einer derartigen mangelhaften Fassung desselben nicht treffe.

Vielmehr hat der Richter immer noch zu untersuchen, welches der wahre Wille des Testators gewesen, mag derselbe auch auf unklare und scheinbar sich widersprechende Weise ausgedrückt sein.

l. 114. D. de reg. jur. (L. 17.)
l. 23. i. f. C. de legatis. (VI. 37.)
l. 24. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.)
„cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est."

In dieser Beziehung ist zu beachten, daß zuvörderst, wie schon in der Verordnung Bl. — hervorgehoben worden, der Testator in der dem §. 6. des Testaments vorausgegangenen allgemeinen Disposition unter 4. Bl. — seine Absicht zu erkennen gegeben hat, das angeordnete Fideicommiß solle nach dem Tode seiner Ehefrau überhaupt an seine Seitenverwandten fallen; daß derselbe ferner in §. 6. unter a. rücksichtlich des seinem Bruder Johann Gottfried R. angewiesenen Theiles sich des Zusatzes:

„oder dessen Nachkommen",

anstatt der bei der K. und G. unter b. und c. folgenden Worte:

„oder deren Kindern"

bedient hat; und endlich namentlich noch, daß der Testator rücksichtlich der Vertheilung der seinen Seitenverwandten bestimmten Hälfte in §. 6. Bl. — festgesetzt hat:

„es seien dabei überhaupt vier Erbstämme nach den angegebenen Quoten betheiligt, und jeder Stamm unter sich habe nach der Kopfzahl die weitere Vertheilung zu bewirken."

Es ist also hier dasjenige mit „Erbstamm" oder Stamm bezeichnet, was der Testator vorher einmal mit „mein Bruder — oder dessen Nachkommen", dann zweimal mit „meine Schwester — oder deren Kinder", und endlich mit „die Kinder meiner Schwester, so wie die Enkel" bezeichnet hat. Der Ausdruck „Stamm" aber oder „Erbstamm" begreift unzweifelhaft die ganze Abstammung einer Person, also auch ihre Enkel und entfernteren Abkömmlinge in sich. Hierzu kommt, daß in dem Testamente und sonst in den Acten durchaus kein Grund sich auffinden läßt, warum der Testator, während er seinem Bruder R. ausdrücklich dessen Nachkommen, worunter die Enkel unbestreitbar nach der grammatischen Bedeutung des Worts mit fallen, substituirte, und während er dasselbe auch bei den Enkeln seiner verstorbenen Schwester unter d. ausdrücklich verordnete, die Enkel seiner beiden anderen Schwestern, der K. und G., habe ausschließen wollen. Die innere Wahrscheinlichkeit spricht vielmehr offenbar dafür, daß eine solche Inconsequenz nicht in seinem Willen gelegen habe, und sie hat, auch wenn man dabei eine Ungenauigkeit im Ausdrucke statuiren muß, das Uebergewicht vor dem aus der Wortfassung sich ergebenden Zweifel.

Es bedarf daher nicht erst noch der Untersuchung, ob das Bl. — von dem Impetranten angeführte factische Moment, welches zur Erklärung der verschiedenen Ausdrucksweise des Testators geltend gemacht worden, für erheblich zu achten sei.

Vielmehr hat Man schon aus den übrigen, vorstehend gedachten Gründen — zu welchen noch das von Impetrantem Bl. — aus der die Ausschließung der verehelichten W. „oder deren Nachkommen" betreffenden Stelle des Testaments Bl. — entnommene Argument hinzugefügt werden kann — zu der Ueberzeugung gelangen müssen, daß die in der Vorordnung des K. Oberappellationsgerichts Bl. — zum rechtlichen Erkenntniß ausgesetzte Frage:

„ob unter den in Johann Gottlieb R.'s Testamente §. 6. fol. — unter b. und c. gedachten Kindern Annen Rosinen K. und Johannen Sophien G. auch die Enkel mit zu verstehen,"

zu bejahen sei, und war demgemäß das vorige Urthel abzuändern. Die Aufrechthaltung des Zahlungsverbots Bl. — und die Verpflichtung der Impetratin Anne Rosine verwittw. R., die Bl. — und Bl. — erforderte Caution auch hinsichtlich der Erbtheile der Bl. — unter b. und c. genannten Schwestern des Testators, worüber nach gedachter Verordnung ebenfalls mit zu erkennen war, — mußte, wie bereits Bl. — entwickelt worden, in nothwendiger Folge hiervon zugleich im vorstehenden Erkenntnisse ausgesprochen werden, und hat man zu Vermeidung jeden Zweifels ausdrücklich noch hinzuzufügen gehabt, daß vor Bestellung einer solchen Sicherheit die Nachlaßbehörde die Ausantwortung eines Theiles des Nachlasses an die K. und G., wozu die verwittw. R. sich früher bereit erklärt hatte, nicht zu gestatten habe.

II.

Den Kostenpunkt betr.

Die Compensation der Kosten unter allerseits Betheiligten findet in der unverkennbaren Zweifelhaftigkeit der zur Entscheidung gelangten Frage ihre Rechtfertigung. Es kann sich auch die Impetratin, verwittw. R., nicht, wie sie Bl. — vermeint, dadurch für beschwert erachten, daß man sie zur Kostenmitleidenheit in dieser Differenz zieht. Denn sie steht, insoweit es sich um die von ihr zugleich für die etwanigen Enkel der Mitimpetratinnen zu bestellende Caution handelt, dem Impetranten als Partei gegenüber und vertritt ihr eigenes Interesse.

Dagegen ist, was die der dritten Beschwerde des Impetranten Bl. — hinzugefügte Erläuterung und die Appellation der K. anlangt, das vorige Urthel insoweit zu reformiren gewesen, als nunmehr die auf Seiten des Impetranten erwachsenen Kosten aus dem Fideicommißvermögen, als zum Besten der Erhaltung desselben aufgewendet, zu decken sind, und es erschien theils in Folge des Antrags des Impetranten Bl. —, theils weil durch die Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache, von welcher die Entscheidung wegen der Kosten des Impetranten in voriger Instanz bedingt wurde, der Stand der Sache gänzlich verändert worden, unbedenklich, die Uebertragung der den Impetranten treffenden Proceßkosten aus dem Fideicommißstamme auch zu demjenigen Antheile anzuordnen, welchen nach der vorigen Entscheidung die Mitimpetratin G. aus eigenen — ihr aber dabei zugleich durch das Fideicommiß eventuell zugewiesenen — Mitteln berichtigen sollte, obwohl selbige ein Rechtsmittel ihrerseits nicht eingewendet hat."

Das Oberappellationsgericht stellte aber in einem am 19. September 1854 abgefaßten, nachstehend mitgetheilten Erkenntnisse das erste Urthel wieder her:

„Daß es, mit alleiniger Ausnahme desjenigen, was in der vorigen Instanz über die Kosten erkannt worden ist, als wobei es bewendet, auf die eingewendeten Appellationen nicht bei dem gedachten

Urthel, ſondern bei der Entſcheidung der erſten Inſtanz Bl. — flg. zu laſſen; es werden auch die in gegenwärtiger Inſtanz entſtandenen Koſten zwiſchen den Parteien aufgehoben.

Entſcheidungsgründe.

Die beiden vorigen Inſtanzen haben, obſchon ſie hierüber ausdrücklich etwas nicht bemerkt haben, bei ihren Entſcheidungen vorausgeſetzt, daß der Anfall des in dem R.'ſchen Teſtamente für die Seitenverwandten des Teſtators errichteten Fideicommiſſes als bis zu dem Ableben der als Erbin eingeſetzten R.'ſchen Wittwe hinausgeſchoben zu betrachten ſei. Dieſer Meinung iſt man auch in der gegenwärtigen Inſtanz, und zwar aus nachſtehenden Gründen, beigetreten:

Wie bekannt, hängt die Erwerbung des Legates oder Fideicommiſſes davon ab, daß der Legatar oder Fideicommiſſar den dies cedens erlebt hat.

l. 5. pr. §. 2. l. 21. pr. D. quando dies leg. v. f. d. ced.

l. unic. §. 7. Cod. de caduc. tollend.

l. 41. D. de cond. et demonst.

Iſt nun einem Legate oder Fideicommiſſe eine Bedingung oder ungewiſſe Zeitbeſtimmung hinzugefügt worden, ſo iſt dadurch der dies cedens als auf den Eintritt der Bedingung oder des dies incertus hinausgeſchoben anzuſehen, und es muß der Legatar oder Fideicommiſſar dieſen Zeitpunkt erlebt haben, wenn das Legat oder Fideicommiß als erworben und transferirbar gelten ſoll.

l. 71. D. de cond. et demonst.

l. 1. §. 1. D. eod.

l. 5. §. 1. 2. D. eod.

Insbeſondere wird dies in einer Reihe von klaren Geſetzen für den Fall ausgeſprochen, wenn der Erbe erſt bei ſeinem Ableben reſtituiren ſoll (quum morietur),

l. 12. §. 1. D. leg. II.

l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. D. de cond. et demonst.

l. 4. pr. l. 13. D. quando dies legat.

und wenn ſchon in den Quellen einige Stellen ſich finden, wo, ungeachtet anſcheinend ein dies incertus in dieſem Sinne dem Legate beigefügt iſt, dennoch der dies cedens nicht bis zu deſſen Eintritte hinausgeſchoben wird,

l. 79. D. de cond. et dem.

l. 46. D. ad Sct. Trebell.

l. 4. §. 1. D. quando dies leg.

l. 5. Cod. eod.

ſo laſſen ſich dennoch dieſe Geſetze mit dem oben aufgeſtellten Grundſatze einfach dadurch vereinigen, daß, wie dies auch von den Rechtslehrern in der Regel geſchieht, dieſe Geſetze auf den Fall bezogen werden, wo der Teſtator nicht den Erwerb des Rechtes, ſondern nur die Zahlung aufgeſchoben wiſſen will.

An ſich würde die Bl. — benannte R.'ſche Wittwe, da ihr in dem Teſtamente ihres Ehemannes die Reſtitution der einen Hälfte der Bl. — näher bezeichneten Kaufgelder an die Seitenverwandten des Erblaſſers erſt nach ihrem dereinſtigen Ableben zur Pflicht gemacht worden iſt, auch abgeſehen von dem ihr auf ihre Lebenszeit vermachten Zinſengenuſſe, ſchon aus dieſem Grunde berechtigt geweſen ſein, die Auszahlung des Fideicommiſſes während ihres Lebens zu verweigern, und den Anfall des Fideicommiſſes dem Teſtamente gemäß bis zu ihrem dereinſtigen Tode ausgeſetzt ſein zu laſſen. Von dieſem Rechte hat dieſelbe aber rückſichtlich der Mitimpetratin am dritten und vierten Theile keinen Gebrauch gemacht, ſondern Bl. — flg., — flg. und — flg. den beiden gedachten Intereſſenten gegenüber zur ſofortigen Auszahlung der denſelben zukommenden Fideicommißraten ſich bereit erklärt, wenn ſie gegen die Gefahr, wegen dieſer Beträge von anderer Seite nochmals in Anſpruch genommen zu werden, ſichergeſtellt werde, und wenn nun auch dieſer Bedingung in ſo weit, als die Kinder der Mitimpetratin am dritten und vierten Theile unzweifelhaft als eventuell zu dem Fideicommiſſe berufen zu betrachten ſind, durch die Bl. — flg. gemachten Vorſchläge Genüge geſchehen iſt, ſo liegt, da im Uebrigen die Möglichkeit von Anſprüchen Seiten anderer Perſonen in den Acten nicht zur Sprache gekommen iſt, wie auch die beiden vorigen Inſtanzen der Verordnung des Oberappellationsgerichts Bl. — flg. gemäß angenommen haben, lediglich die Frage, ob zufolge des R.'ſchen Teſtaments Bl. — flg. das Fideicommiß auch als eventuell zum Beſten der etwaigen künftigen Enkel der beiden gedachten Intereſſenten errichtet anzuſehen ſei, zur Entſcheidung vor.

Wenn nun in dem gedachten Teſtamente Bl. — unter Nr. 6. b. und c. beſtimmt iſt, daß die den Seitenverwandten des Erblaſſers zugedachte Hälfte der vorher näher beſchriebenen Kaufgelder unter anderm mit

⅜ der Schweſter des Teſtators, Annen Roſinen K. zu St., oder deren Kindern, und

⅜ der Schweſter des Teſtators, Johannen Sophien G. zu W., oder deren Kindern, in letzterer Beziehung mit Ausnahme der verehel. G. zu St., welcher anderwärts her bereits Vermögen zugefallen ſei,

nach dem Ableben der zur Erbin eingeſetzten Wittwe überlaſſen werden ſollen, ſo ſprechen für die Anſicht, daß auch die Enkel der angegebenen Schweſtern des

Erblassers eventuell auf das Fideicommiß Ansprüche haben können, nicht unerhebliche Momente. Denn wie schon nach Römischem Rechte nicht blos die Kinder ersten Grades, sondern auch die Descendenten entfernterer Grade als unter dem Ausdrucke „liberi" begriffen zu betrachten sind,

l. 220. D. de Verb. Signif.

und zwar, ohne daß in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Descendenten, und Nachkömmlingen männlicher und weiblicher Descendenten besteht,

l. 56. §. 1. D. de Verb. Signif., in Verbindung mit
l. 1. und 5. D. de inoff. testament.
l. 1. Cod. de cond. insert.
l. 6. §. 2. Cod. ad Senatuscons. Trebell.

dies auch namentlich noch aus den Bemerkungen des Ulpian zu dem Edicte des Prätors, daß diejenigen, welche das väterliche Testament durch die bonorum possessio contra tabulas umstoßen, verbunden seien, die den Kindern und Eltern ausgesetzten Legate zu gewähren, in der l. 1. §. 1. D. de legatis praestandis sich ergiebt, wo es heißt:

> „Generaliter autem parentes et liberos praetor excepit, nec gradus liberorum, parentumve enumeravit, in infinitum igitur eis praestabitur. Sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili, an ex feminino descendant. Quisquis igitur ex liberis, parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si jura cognationis sunt inter eos",

so läßt sich auch nicht bezweifeln, daß auch nach deutschem Sprachgebrauche der Ausdruck „Kinder" auch die Enkel umfassen kann, und diese weitere Bedeutung namentlich dann anzunehmen ist, wenn zum Besten der Kinder im Allgemeinen eine Disposition getroffen und dabei weder ausdrücklich gesagt worden ist, noch sonst aus den Verhältnissen sich abnehmen läßt, daß der zugedachte Vortheil blos den Kindern ersten Grades, nicht aber auch den Descendenten entfernterer Grade zukommen solle.

Dessenungeachtet hat man in den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles genügendes Anhalten dafür gefunden, daß die in den Bestimmungen des Testamentes sub Nr. 6. b. und c. gebrauchten Ausdrücke „Kinder" nicht in der vorstehenden Allgemeinheit zu interpretiren, sondern lediglich auf die Kinder der K. und G., mit Ausschluß der Enkel zu beziehen seien.

Wie nämlich zuvörderst

1) bereits Bl. — vorläufig angedeutet worden ist, lassen sich die Grundsätze, welche bei Erklärung der von Seiten der Abscendenten zum Besten ihrer eigenen Kinder getroffenen Dispositionen gelten, auf Dispositionen zum Besten der Kinder der Seitenverwandten des Disponirenden nicht ohne Weiteres anwenden. Denn während für die Frage, ob in Fällen der ersteren Art lediglich die Kinder im eigentlichen Sinne des Wortes, oder auch die entfernteren Descendenten haben bedacht werden sollen, vorzüglich die Rücksicht entscheidet, daß der Abscendent muthmaaßlich für alle seine Descendenten, ohne Unterschied der Grade, habe sorgen wollen, läßt sich dies von den Fällen der letzteren Art nicht ebenfalls behaupten, vielmehr streitet in diesen Fällen die Vermuthung weit eher dafür, daß blos zum Besten der Kinder der Seitenverwandten in der engern Bedeutung des Wortes, und mit Ausschluß der Descendenten entfernterer Grade, habe disponirt werden sollen.

Weiter hat

2) die erste Instanz Bl. — flg. darauf aufmerksam gemacht, daß der Testator nicht allein im Eingange des Testamentes an der Stelle, wo er das Nichtvorhandensein von Notherben erwähnt, ausdrücklich zwischen Kindern und Enkeln unterschieden, sondern auch unter Nr. 6. bei Vertheilung der für seine Seitenverwandten bestimmten Gelder unter die verschiedenen Stämme mit den Ausdrücken „Nachkommen", „Kinder oder Enkel" und „Kinder" gewechselt habe, und es daher sehr wahrscheinlich sei, daß derselbe den Unterschied, welchen er zwischen Kindern in der engern Bedeutung des Wortes, und Descendenten entfernterer Grade vorher selbst aufgestellt, auch bei der späteren fideicommissarischen Verfügung festgehalten, und in den Fällen, wo er alle Abkömmlinge ohne Unterschied zur Perception zu berufen Willens gewesen, solcher Ausdrücke, welche dies unzweifelhaft anzeigen, dagegen in den Fällen, wo er blos die Kinder ersten Grades zu bedenken beabsichtigt, des Ausdruckes „Kinder" sich bedient habe. Dieses Moment hat man auch in der gegenwärtigen Instanz für wesentlich angesehen, und indem man daher auf das von der ersten Instanz darüber Gesagte sich lediglich bezieht, fügt man dem nur noch die Bemerkung hinzu, daß das der Ansicht der ersten Instanz zu Grunde liegende Princip, daß bei der Erklärung zweifelhafter Willensmeinungen vorzüglich sowohl der besondere, als auch der gemeine Sprachgebrauch zu berücksichtigen sei, in den Gesetzen seine vollständige Rechtfertigung findet.

l. 34. D. de reg. jur.
l. 65. §. 7. l. 69. §. 1. D. de legat. III.
l. 18. §. 3. D. de inst. legat.

Endlich tritt

3) zu den vorstehenden Gründen auch noch der hinzu, daß, wie namentlich daraus hervorgeht, daß

zur Rechtfertigung der angeordneten ungleichen Vertheilung des Fideicommisses unter die Fideicommißinteressenten in dem Testamente auf die ungleichen Vermögensverhältnisse der letzteren Bezug genommen, ingleichen daß bei Einsetzung der Descendenten der Nr. 6. d. erwähnten, vorher verstorbenen Schwester Enkel um deswillen ausdrücklich berücksichtigt worden, weil deren schon damals welche vorhanden gewesen sind, der Erblasser präsumtiv überhaupt blos diejenigen Seitenverwandten zu bedenken beabsichtigt habe, welche zur Zeit der Abfassung des Testamentes bereits existirt haben, und es daher im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, daß derselbe bei den Bestimmungen, bei welchen er den einfachen Ausdruck „Kinder" gebraucht hat, auch die Descendenten entfernterer Grade mit habe begriffen wissen wollen.

Die Bedenken, welche die zweite Instanz wider die vorstehend ausgeführte Ansicht Bl. — flg. geltend gemacht hat, können hiergegen nicht in die Wagschale gelegt werden. So viel nämlich

a) die Bemerkung angeht, daß der Erblasser in seinem Testamente unter Nr. 4. Bl. — ausdrücklich seine Absicht zu erkennen gegeben habe, das angeordnete Fideicommiß solle seinen Seitenverwandten überhaupt zufallen, so erledigt sich solche durch die Erwägung, daß die angegebene Stelle des Testamentes sich nur als Ausdruck des Ideenganges darstellt, welcher den Erblasser auf die unter Nr. 6. des Testamentes getroffenen Verfügungen geführt hat, und da die allgemeine Bestimmung unter Nr. 4. durch die Bestimmung unter Nr. 6. näher erklärt und erläutert wird, sich nicht annehmen läßt, daß andere Personen, als die unter Nr. 6. namentlich genannten, als zur fideicommissarischen Succession berechtigt anzusehen seien.

Eben so wenig erscheint

b) die Folgerung begründet, welche die vorige Instanz aus der Disposition unter Nr. 6. Bl. —,

> daß überhaupt vier Erbstämme nach den angegebenen Quoten betheiligt seien und jeder Stamm unter sich die weitere Vertheilung nach der Kopfzahl zu bewirken habe,

gezogen hat, indem, auch selbst abgesehen davon, daß diese Disposition, als bloße Folge der vorher getroffenen Anordnungen, zur Erklärung der letzteren überhaupt nicht gebraucht werden kann, die angegebene Modalität der Vertheilung eben so gut ausführbar ist, wenn bei einigen Stämmen blos die Kinder im engern Sinne des Wortes, bei anderen aber die Descendenten aller Grade betheiligt sind, als wenn in dieser Hinsicht alle Stämme sich gleichstehen.

Aus diesen Gründen hat man, so viel die Hauptsache anlangt, in der gegenwärtigen Instanz zu Wiederherstellung des ersten Urthels Bl. — flg. sich bewogen gefunden.

So viel den auf die Compensation der Kosten erster und zweiter Instanz bezüglichen Theil des vorstehenden Urthels angeht, so bedarf solcher um so weniger einer weiteren Rechtfertigung, als die Mitimpetratin am vierten Theile, welche nach Bl. — flg. gegen die von der vorigen Instanz angeordnete Entnahme der Kosten des Impetratens aus den Fideicommißantheilen der hier betheiligten Personen allein appellirt hat, das erste Urthel, welches nach Bl. — im Wesen, nur mit Rücksicht auf die damalige Lage der Sache mit anderen Worten, dasselbe erkannt hatte, hat in Rechtskraft übergehen lassen.

Die erkannte Compensation der Kosten gegenwärtiger Instanz ist eine Folge des eingetretenen Wechsels der Entscheidungen."

---

## 135.

Die Ausstellung oder Begebung eines Wechsels oder einer Anweisung über eine aus einem früheren Rechtsverhältniß herrührende Schuld enthält präsumtiv eine Novation*). — Wirkungen der versäumten Diligenz; dieselben treten auch dann ein, wenn die Einlösung nur durch Zufall, höhere Gewalt oder durch die Schuld des Bezogenen vereitelt worden ist.

Mitgetheilt von

Herrn Act. W. in Ch.

Unterm 6. August 1853 klagten bei dem Königl. Landgericht zu Ch. F. W. und R. W. gegen den Kaufmann R. W. folgendermaaßen:

„Mit dem Kaufmann Herrn Robert W. in Ch. haben wir eine Reihe von Jahren dergestalt in Handelsverbindung gestanden, daß zwischen ihm und uns über die ihm auf seine jedesmalige Bestellung gelieferten Papiere auf Grund der Herrn W. eingehändigten und von ihm als richtig anerkannten speciellen Rechnungen ein laufendes Conto gehalten worden ist.

Herr W. hat auf die uns an ihn erwachsenen Ansprüche von Zeit zu Zeit sowohl in baarem Gelde, als in Anweisungen Abschlagszahlungen geleistet,

---

*) Vergl. Wochenblatt 1853. nr. 59. S. 465 flg.

die ihm unsererseits jedesmal, resp. wenn die Anweisungen zur Verfallzeit wirklich honorirt wurden, auf seinem Conto gut geschrieben worden sind.

Mehrerwähnter Herr W. hat insbesondere die in der Abschrift sub B. anliegende, medio Juni 1851 fällige und zahlbare Anweisung nebst mehreren anderen unterm 27. März 1851 mittelst Giro anstatt Baarzahlung an uns eingesendet.

Obwohl nun diese Tratte, wie wir Herrn W. nach Ausweis der unter B. anliegenden abschriftlichen Beilage noch vor deren Verfallzeit bereits am 23. April 1851 brieflich angezeigt haben, auf dem Wege nach E., wohin dieselben von uns mit noch drei anderen Papieren, auf einen gewissen F. girirt, am 12. April 1851 per Post gesendet worden, verloren gegangen und zur Zeit nicht wieder erlangt worden ist, somit aber zur Verfallzeit medio Juni 1851 weder hat präsentirt werden können, noch honorirt worden ist, übrigens auch die Bezogenen, die Herren H. und S. in L., erklärt haben, daß sie selbst, wenn das qu. Papier bei ihnen eingegangen wäre, dasselbe doch nicht honorirt haben würden, so vermeint demohngeachtet Herr W., welcher uns gegenüber für den richtigen Eingang der in der Tratte aufgeführten Summe von 31 Thalern —ˢ —ˢ zu deren Verfallzeit verhaftet war, berechtigt zu sein, den erwähnten, in der zur Verfallzeit weder präsentirten, noch honorirten Tratte aufgeführten Betrag von 31 Thlrn. —ˢ —ˢ an unserem von ihm ausdrücklich anerkannten Guthaben uns zu kürzen, hat sich auch, obwohl er weder medio Juni 1851, noch sonst wirklich Zahlung geleistet hat, die mehrberegten 31 Thlr. —ˢ —ˢ in seinem Conto gut geschrieben und weigert sich fortwährend, uns anderweit nach Höhe jenes Betrags als Gläubiger anzuerkennen und Zahlung zu leisten."

Indem Kläger sich erbieten, Beklagtem ihr Klagrecht gegen seinen Vordermann, resp. den Aussteller der Tratte abzutreten, erheben dieselben unter Eidesantrag über das Libell und die Beifugen A. und B. Klage wider genannten W. und formuliren ihr Sachgesuch, dahin zu erkennen:

„daß Beklagter W. durch die den Klägern unterm 27. März 1851 übersendete, in der Klage näher bezeichnete Anweisung wirkliche Zahlung nach Höhe von 31 Thlrn. —ˢ —ˢ nicht geleistet, derowegen aber die Kläger nach Höhe dieser Summe als Gläubiger anzuerkennen und solche sammt Verzugszinsen, vom 15. Juni 1851 an gerechnet, an Kläger zu bezahlen, sowohl die Proceßkosten ab- und zu erstatten schuldig."

Der Inhalt der Beilage A. (der fraglichen Anweisung über 31 Thlr. —ˢ —ˢ) und der Beifuge B. (eines Briefes des Beklagten) wird, als zur Sache nicht wesentlich gehörig, hier übergangen.

Beklagter gestand die thatsächlichen Anführungen der Kläger theils zu, theils leugnete er dieselben, und erhob unter Bestreitung der ihm angesonnenen Verbindlichkeit verschiedene Ausstellungen gegen die Rechtsbeständigkeit und Schlüssigkeit der Klage, welche in dem erstinstanzlichen Erkenntnisse Berücksichtigung gefunden haben und deshalb hier nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchen.

Nach abgesetztem rechtlichen Verfahren publicirte das Proceßgericht unterm 23. December 1853 folgenden Bescheid:

„Weil die in der Klage erwähnte, Bl. — der Acten in Abschrift ersichtliche, von Klägern übrigens selbst als Tratte bezeichnete Anweisung ohne allen Zweifel den gezogenen Wechseln beizuzählen, mithin nach den über solche bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen ist,

vgl. Gesetz vom 7. Juni 1849, die kaufmännischen Anweisungen betr., §§. 1. und 6.

hiernach sich auch die gegenwärtig erhobene Klage offenbar nicht als actio venditi aus dem zwischen den Klägern und Beklagtem abgeschlossenen *Kaufe*, welchenfalls übrigens das Vorbringen Bl. — *flg. zu* allgemein sein würde, sondern vielmehr als Regreßklage aus der vorgedachten Anweisung darstellt, immaaßen namentlich durch Ausstellung oder, was derselben in wechselrechtlicher Beziehung gleichsteht, durch Indossiren einer Anweisung Seiten des Käufers an den Verkäufer über den Kaufpreis, wenn schon dieselbe nach dem Grundsatz: „assignatio non est solutio" weder Zahlung, noch eine privative Novation enthält, Aufhebung der Contractsklage aus dem früheren Geschäftsverhältnisse an sich nicht begründet, dennoch ausgesprochen wird, daß die Solennität der Präsentation und Protesterhebung die Bedingung ist, von welcher das Klagrecht aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse abhängt, daher aus der unterlassenen Diligenz nicht blos der Verlust des Regreßrechts, sondern überhaupt auch der Verlust des Klagrechts aus dem neben der Anweisung oder dem Wechsel fortdauernden früheren Contracte entsteht,

vgl. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1853. no. 59. sub 109. Seite 469. und die daselbst angeführte Stelle im

Archiv für deutsches Wechselrecht, Heft 2. Seite 179 flg.

nun aber Kläger, welche Bl. — juncto Bl. — selbst nicht bezweifeln, daß die fragliche Anweisung minde-

ſtens den Aſſignaten zu präſentiren geweſen ſei, eine von ihrer Seite bewirkte Präſentation und Proteſtation weder behauptet, noch weniger nachgewieſen haben, hieran auch der Umſtand, daß durch das Verlorengehen der mehrgedachten Anweiſung vor der Verfallzeit deren Präſentation und die Proteſterhebung unmöglich geworden ſei, um ſo weniger eine Aenderung herbeiführen kann, als die Kläger, ihrem eigenen Anführen Bl. — zufolge, das in

§. 73. der deutſchen Wechſelordnung

vorgeſchriebene Verfahren wegen Amortiſation des abhanden gekommenen Papiers einzuleiten unterlaſſen haben, demnach auch die Erörterung der Frage, ob der in gegenwärtigem Rechtsſtreite geltend gemachte Regreßanſpruch, wie Beklagter Bl. — behauptet, nach der in §. 78. der deutſchen Wechſelordnung enthaltenen Beſtimmung als verjährt anzuſehen ſei, hier unterbleiben kann, und weil endlich, wenn ſchon ein Anſpruch der Kläger, welcher auf dem Nachweiſe beruhen würde, daß Beklagter ſich mit ihrem Schaden bereichere, dafern wider ſie die Wirkungen der unterlaſſenen Diligenz eintreten ſollten, an ſich nicht unbegründet wäre, dennoch aber in dieſer Beziehung das Klagvorbringen Bl. — einen beſtimmten Anhalt nicht darbietet, und namentlich die von Klägern mit Bezug auf die von Beklagtem Bl. — recognoscirte Beilage B. Bl. — angeführte Verſicherung Beklagtens, daß das bezogene Handelshaus H. & S. in L. die oftgedachte Tratte doch ſicher nicht einlöſten, um deswillen als zu allgemein ſich darſtellt, weil daraus mit Beſtimmtheit nicht zu erſehen, ob die Bezogenen, dafern ihnen die Anweiſung rechtzeitig zur Annahme präſentirt worden, dieſelbe dennoch nicht eingelöſt haben würden, ſo hat der Kläger Suchen in der angebrachten Maaße nicht Statt, und ſind auch Kläger Beklagtem die erwachſenen ge- und außergerichtlichen Proceßkoſten ab- und zu erſtatten ſchuldig."

Auf dieſſalls eingewendete Berufung der Kläger beſtätigte das Königl. Appellationsgericht zu Zwickau den Inſtanzbeſcheid unterm 16. Auguſt 1854.

Die Gründe des zweiten Erkenntniſſes lauten wörtlich, wie folgt:

„Weil der Anſpruch auf Rembours eines Wechſels die richtige und vollſtändige Beobachtung der wechſelmäßigen Solennitäten der Präſentation und Proteſtation vorausſetzt, mithin in den Fällen, wo ſelbige unterblieben iſt, verloren geht, und dies auch dann eintritt, wenn erweislich die Einlöſung nur durch Zufall, höhere Gewalt oder durch die Schuld des Bezogenen vereitelt worden iſt, wie daraus unzweifelhaft hervorgeht, daß nach Art. 73. der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung bei dem Abhandenkommen eines Wechſels deſſen Eigenthümer ſelbſt unter der daſelbſt erwähnten Vorausſetzung nur von dem Acceptanten, alſo von demjenigen Wechſelverpflichteten, rückſichtlich deſſen es nach Art. 44. des gedachten Geſetzes zur Erhaltung des Wechſelregreſſes der Präſentation am Zahlungstage und der Proteſterhebung in der Regel nicht bedarf, Zahlung fordern kann, ferner, wenn für eine aus irgend einem ſpeciellen Grunde entſtandene Schuld eine Tratte oder eine derſelben gleichzuachtende kaufmänniſche Anweiſung ausgeſtellt oder begeben wird, dadurch, dafern nicht durch beſondere Umſtände die Annahme ſich geltend macht, daß von den Intereſſenten, mit dem Wechſel Zahlung zu bewirken, gar nicht, ſondern nur damit einſtweilige Deckung zu leiſten, beabſichtigt worden, ein anderweites und ſolches Rechtsverhältniß, welches das Erlöſchen der früheren Verbindlichkeit zur Folge hat, eintritt,

Archiv f. deutſches Wechſelrecht, Bd. 4. S. 129 flg.

und nun, anlangend den vorliegenden Fall, Kläger ſelbſt zugeben müſſen, daß ſie die Präſentation und Proteſtation der unter dem 15. März 1851 an die Ordre E. A. auf H. & S. in L. von L. K. ausgeſtellten und im Wege der Begebung an ſie, die Kläger, gelangten, nach §. 6. des Geſetzes vom 7. Juni 1849 unter den Geſichtspunkt eines gezogenen Wechſels fallenden, kaufmänniſchen Anweiſung unterlaſſen, beſondere Umſtände aber dafür, daß durch die Annahme jener Anweiſung eine Novation nicht habe eintreten ſollen, auf eine hinlänglich beſtimmte und durch ſpecielle Thatſachen begründete Weiſe anzugeben nicht vermocht haben, ſo iſt Eingangs gedachter Beſcheid, wie hiermit geſchieht, zu beſtätigen, es werden jedoch, theils weil den dem Inſtanzbeſcheide untergelegten Gründen nicht allenthalben beizupflichten geweſen, theils weil es ſich um Beantwortung einer nicht völlig zweifelsfreien Rechtsfrage gehandelt hat, die Koſten des eingewendeten Rechtsmittels unter den Parteien gegen einander aufgehoben."

## 136.

### Inwiefern iſt die ſubſidiäre Verbindlichkeit der Großeltern zu Gewährung eines Alimentenbeitrages für die unehelichen Enkel eine ungetheilte?

Mitgetheilt von

Herrn —e in L.

In einer gegen den unehelichen Großvater von väterlicher Seite gerichteten Alimentenklage war

angeführt worden, daß die Großmutter von väterlicher Seite des Kindes, um dessen Ernährung es sich handelte, verstorben sei, und es war deshalb von dem Beklagten die Gewährung eines jährlichen Beitrages von zwölf Thalern —ʼ —ʼ gefordert worden.

Beklagter, welcher die zu Begründung der Klage angeführten Thatsachen einräumte, bestritt die Forderung des Satzes von zwölf Thalern unter Beziehung darauf, daß nicht allein der Großvater, sondern die Großeltern zur subsidiären Alimentengewährung verpflichtet seien, und daß er daher, nach dem Ableben der Großmutter, nur zu Bezahlung eines jährlichen Beitrages von sechs Thalern —ʼ —ʼ gehalten sein könne.

Die erste Instanz verurtheilte im December 1852 in Gemäßheit des Sachgesuches und gab dazu folgende Gründe:

„Die ausgesprochene Verurtheilung zu Bezahlung eines jährlichen Alimentenbeitrages von zwölf Thalern —ʼ —ʼ beruht auf der Vorschrift §. 2. des Mandates vom 12. November 1828, welche bestimmt, daß der Alimentenbeitrag nicht unter zwölf Thaler —ʼ —ʼ festgesetzt werden solle.

Diese Vorschrift hat — wie überhaupt die gesetzliche Anordnung einer Ernährungspflicht der außerehelichen Ascendenten — zur Absicht, ebensowohl die unehelichen Mütter vor Mangel zu schützen, und so rechtswidrige Handlungen derselben gegen das Leben der Kinder zu verhüten, als auch die Heimathsgemeinden vor einer allzugroßen Belastung zu bewahren, welche sie in Folge der außerehelichen Geburten treffen könnte. Hieraus muß gefolgert werden, daß jene Minimalsumme der Geschwächten unter allen Umständen von den der Reihe nach Verpflichteten zufließen solle, indem selbige von dem Gesetzgeber als derjenige Betrag angesehen worden ist, dessen es mindestens bedarf, um die vorgedachte Absicht des Gesetzes erreicht zu sehen. Deshalb aber hat die Geschwächte so lange einen Anspruch auf unverminderte Gewährung jener Summe, als die Reihe der Verpflichteten noch nicht erschöpft ist. Es ist daher auch die Verbindlichkeit der Großeltern mindestens insofern eine ungetheilte, als der eine Theil derselben zu Bezahlung des vollen Betrages verpflichtet wird, wenn der andere Theil entweder, wie hier, verstorben, oder wenn er unvermögend ist." —

Das Appellationsgericht zu Budissin bestätigte im August 1853, indem es sich dahin aussprach:

„Da, wenn es auch in Richtigkeit beruht, daß die §. 6. des Mandats vom 12. November 1828 den Großeltern eines unehelichen Kindes obliegende subsidiarische Verpflichtung zu Gewährung von Alimenten für dasselbe keine solidarische ist, und daher bei dem Vorhandensein beider in Frage kommender Großeltern dieselben gemeinschaftlich und jedes zu seinem Antheile zu Gewährung des gesetzlichen Alimentenbeitrages verpflichtet sind, dennoch hieraus noch keineswegs folgt, daß dann, wenn von den in Frage gelangenden Großeltern nur noch eines sich am Leben befindet, der überlebende Theil den gesetzlichen Alimentenbeitrag nur zur Hälfte zu entrichten verbunden sei, indem das angezogene Gesetz ganz im Allgemeinen davon spricht, daß bei dem Ableben, oder dem Unvermögen der *Eltern* eines unehelichen Kindes, dasselbe aus ihren eigenen Mitteln zu erziehen, die Großeltern mütterlicher Seite, und in deren Ermangelung endlich die Großeltern väterlicher Linie dazu angehalten werden sollen, mithin dann, wenn von der betreffenden großelterlichen Linie nur noch ein Theil sich am Leben befindet, diesem allein die gesetzliche Verpflichtung obliegt, was um so gewisser anzunehmen ist, als außerdem schon nach dem Ableben des einen der beiden Großeltern mütterlicher Seite die Alimentationsverbindlichkeit der Großeltern väterlicher Seite zur Hälfte eintreten müßte, was doch den gesetzlichen Bestimmungen in Bezug auf die Reihenfolge, nach welcher diese Verpflichtung eintreten soll, offenbar zuwiderlaufen würde, so ist ꝛc. ꝛc."

Redacteur: Dr. Theodor Tauchnitz. Officin der Verlagshandlung.

☞ Das zu diesem Jahrgange gehörige Register wird nebst dem Titel in Kurzem nachgeliefert werden.

Digitized by Google

Digitized by Google